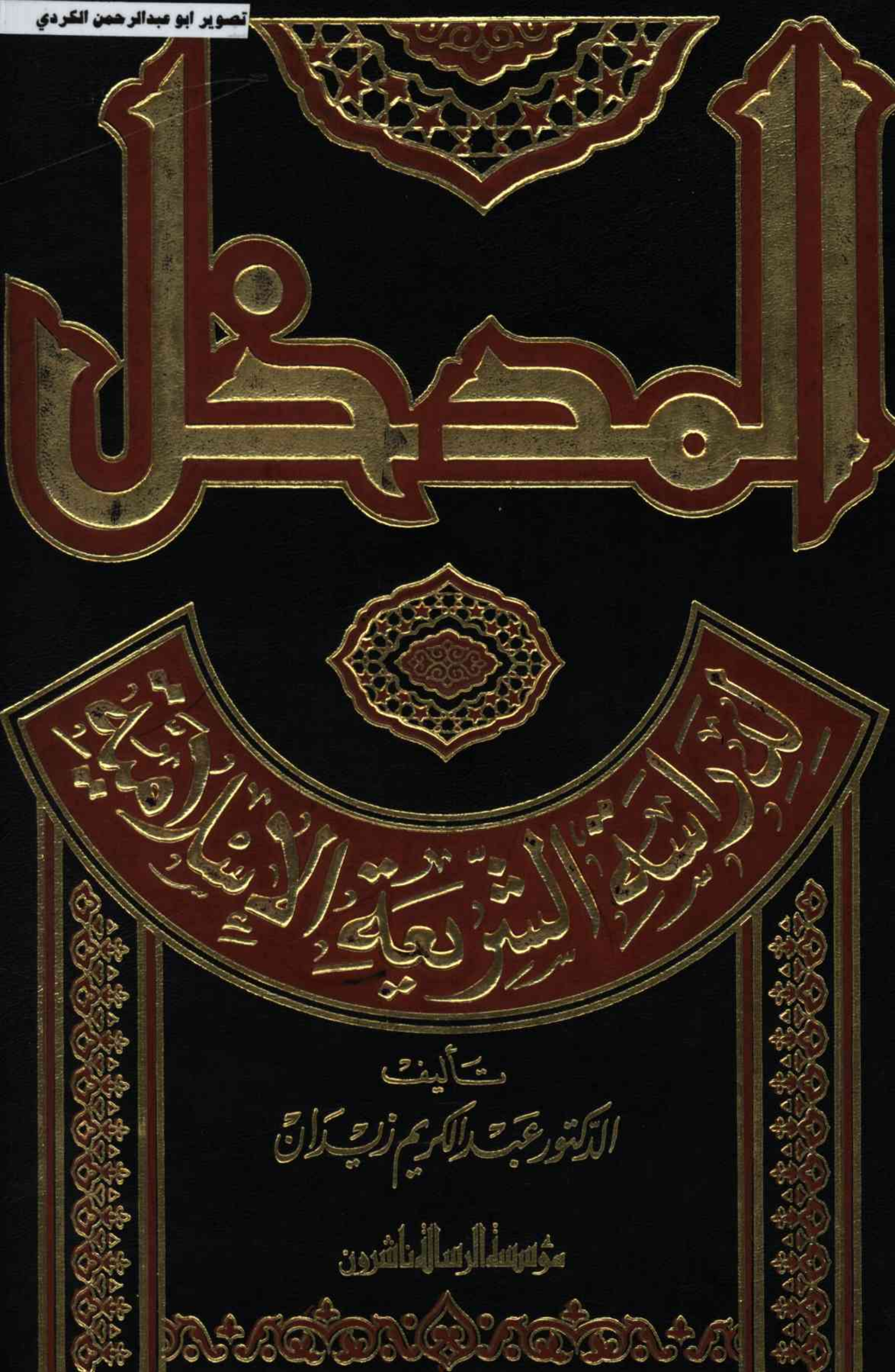


تصوير ابو عبدالرحمن الكردي
المدخل
لدراسة الشريعة الإسلامية
تأليف
الدكتور عبد الكريم زيدان
مؤسسة الرسالة ناشرون

المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية

تأليف

الدكتور عبد الكريم زيدان

مؤسسة الرسالة ناشرون

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

غاية في كلمة

مؤسسة الرسالة

مؤسسة الرسالة ناشرون

منشورات
مروان رضوان دعبول

هاتف: ٥٤٦٧٢١ - ٥٤٦٧٢٠
فاكس: ٥٤٦٧٢٢ (٩٦١١)
ص.ب: ١١٧٤٦٠
بيروت - لبنان

Resalah
Publishers

Tel: 546720 - 546721
Fax: (9611)-546722
P.O.Box: 117460
Beirut - Lebanon

Email:
resalah@resalah.com
Web site:
Http:// www.resalah.com

الطبعة الأولى

١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٥م

ISBN : 9953-32-155-8

١


بسم الله الرحمن الرحيم

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة الناشر

الحمد لله حمداً كثيراً طيباً مباركاً فيه، كما يحبُّ ربُّنا ويرضى، وصلى الله وسلم على سيدنا محمد المبعوث للعالمين رحمةً وهدى، ورضي عن آله الأطهار وصحابته الأبرار منارات العلم والخير والتُّقى، وبعد:

فإننا نقدمُ اليومَ إلى طلاب العلم وأهل الاختصاص هذا الكتابَ القيمَ النافع بإذن الله تعالى: «المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية»، وهو ثمرة من ثمرات العَلَم الجليل الدكتور عبد الكريم زيدان، ومَعْلَمٌ بارزٌ بين مؤلفاته.

وغير خاف على الكثيرين ما لهذا الكتاب ـ كما لكثير غيره من مؤلفات الدكتور زيدان ـ من تميُّزٍ من جهة التبويب والترتيب والإحاطة بالمقصود والشرح المفهم المبْلغ والصياغة العلمية الدقيقة، الأمر الذي دعا جامعات كثيرة في بلدان عديدة لتقريره ضمن مناهجها وتدريسه، وهو أمر أعطاه بدوره تنقيحاً متكرراً زاد في قيمته العلمية.

وهذا الكتاب محاولة لإعطاء صورة شمولية عن الشريعة الإسلامية الغراء، بمبادئها وخصائصها وعلاقاتها بالشرائع السماوية والنظم الوضعية، وبيان موجز عن الفقه الإسلامي وسيرورته وأهم مدارسه.

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم

مؤسسة الرسالة ناشرون



مقدمة الطبعة الجديدة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد:

فهذه هي الطبعة الجديدة الأولى المنقحة والمزيدة لكتاب «المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية» فقد زدت فيه موضوع «الشريعة الإسلامية والقانون الدولي العام» وجعلته عنوان الباب الرابع وهو آخر أبواب الكتاب، والله أسأل أن ينفع به من يقرؤه.

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين والحمد لله رب العالمين

عبد الكريم زيدان

صنعاء ١١/١٠/٢٠٠٤م

مقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد:

فهذا كتابنا «المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية» في طبعته الرابعة المنقحة وقد جعلته وسطاً بين الإسهاب الممل والاختصار المخل وخير الأمور الوسط.. وقد جعلته قسمين، أما القسم الأول فقد تكلمت فيه عن حالة العرب قبل الإسلام من الناحيتين الاجتماعية والقانونية، وعن المعنى الدقيق للشريعة الإسلامية، وعن خصائصها المهمة ومبادئها العامة وعلاقتها بالشرائع السماوية والوضعية السابقة. كما بينت في هذا القسم المعنى الاصطلاحي للفقه الإسلامي وعلاقته بالشريعة الإسلامية والأدوار التي مرّ بها وأهم المدارس الفقهية الباقية منها والمندرسة مع ترجمة موجزة لمؤسسيها.

أما القسم الثاني فقد تكلمت فيه عن بعض النظم القانونية التي جاءت بها الشريعة الإسلامية كنظام الملكية ونظام العقد ونظام الجرائم والعقوبات مع مقارنة لهذه النظم بالنظم القانونية الوضعية.

إن أبحاث هذا الكتاب ـ على ما أعتقد ـ تعطي فكرة واضحة جيدة عن طبيعة الشريعة الإسلامية وأفكارها الأساسية وأنواع النظم القانونية التي جاءت بها. كما أن هذه الأبحاث تعين من يريد التوسع في دراسة الشريعة الإسلامية وفقهها العظيم.. والله أسأل أن يوفقني إلى خدمة شريعته إنه سميع للدعاء مجيب.

المؤلف

بغداد ١٠ شوال ١٣٨٨هـ

١٩٦٩/١/١

مقدمة

١ ـ الاجتماع الإنساني ضروري كما يقول العلامة ابن خلدون في مقدمته[١] وهو ما يعبر عنه الحكماء بقولهم: الإنسان مدني بالطبع، أي: لا بد له من الاجتماع والعيش مع بني جنسه. وما ذهب إليه ابن خلدون هو الحق ويؤيده الواقع، فالإنسان يولد في المجتمع ولا يعيش إلا فيه[٢]، وتصور إنسان خارج المجتمع ضرب من ضروب الوهم والخيال لا حقيقة له في الخارج

وهذا العيش المشترك لا بد أن تنشأ عنه معاملات وعلاقات فيما بين الأفراد وما ينتج عن ذلك من منازعات، كما أن الفرد في المجتمع لا يمكنه أن يتمتع بحرية مطلقة؛ لأن ذلك يتعارض مع حريات الآخرين ويؤدي إلى خصام مستمر لا يكون من ورائه إلا فناء المجتمع، ولهذا كله كان لا بد من قواعد تحد من هذه الحريات المطلقة وتنظيم تلك العلاقات حتى يستطيع كل فرد أن يعيش بأمان ويتهيأ للمجتمع سبيل البقاء والاستقرار، وهذه القواعد هي القانون، فالقانون ضروري للمجتمع كما أن المجتمع ضروري للإنسان، ولهذا لم يخل مجتمع، في الماضي والحاضر، من قواعد تحكم علاقات الأفراد فيما بينهم وعلاقاتهم مع المجتمع وتحدد حقوقهم وواجباتهم ومدى حرياتهم على نحو ما.

٢ ـ والقانون قد يكون على شكل عادات وتقاليد وأعراف يخضع لها الجميع، وقد يكون على شكل أمر ونهي يصدره شخص مطاع كرئيس قبيلة أو ملك، وقد يكون على شكل قواعد وأوامر تصدرها هيئة خولها المجتمع حق إصدار القانون، وهذا النوع من القانون، بمختلف أشكاله، مصدره البشر، فهو قانون وضعي، وهناك قوانين لا يكون مصدرها البشر، بل خالق البشر وهذه هي الشرائع الإلهية أو

(١) مقدمة ابن خلدون ص ٤١.

(٢) أصول القانون للدكتور السنهوري ص ١٥.

السماوية. وقد عرف البشر هذين النوعين من الشرائع: الشرائع الوضعية وهي من وضع الإنسان وصنعه، والشرائع السماوية وهي من صنع الله ووحيه.

٣ ـ والأساس في تبرير إنزال الشرائع السماوية يقوم على فكرة (الخالقية). فالكون وما فيه ومن فيه مخلوق لخالق عظيم هو الله تعالى، ومن لوازم حكمة الله ورحمته وربوبيته أن يهيئ لكل مخلوق ما يحتاج إليه ويلائم طبيعته ويصلح حاله ويحقق الغرض الذي خلق من أجله. والإنسان ـ وهو المخلوق الممتاز ـ يحتاج إلى هداية من خالقه وتعريف بعلاقته بالكون وبالغرض الذي من أجله خلق، وبيان معالم السير في الحياة وقواعد السلوك في المجتمع. وحكمة الله تأبى أن يترك الإنسان سدى بلا إرشاد لطريق الحق ولا بيان لقواعد السلوك، ومن ظن ذلك فهو على خطأ عظيم، قال تعالى: ﴿أَيَحْسَبُ ٱلْإِنسَٰنُ أَن يُتْرَكَ سُدًى﴾ [القِيَامَة: ٣٦]، أي: لا يؤمر ولا ينهى كما قال الشافعي وغيره(١)، وما الأمر والنهي إلا بيان مناهج السلوك في الحياة وقواعد التنظيم لشؤون الإنسان المختلفة، وهذا هو القانون.

٤ ـ وقد ختمت الشرائع السماوية بالشريعة الإسلامية التي أنزلها الله على رسوله محمد ﷺ ويلغها للناس، وجاءت أحكامها وقواعدها شاملة لجميع نواحي الحياة ومنظمة لجميع العلاقات، سواء أكانت هذه العلاقات بين الفرد وربه أم بين الفرد والفرد أم بين الفرد والجماعة أم بين الجماعة والجماعة، فهي بحق دين ودولة.

٥ ـ وقد كان لهذه الشريعة السيادة القانونية المطلقة في المجتمع الإسلامي، فقامت الدولة على أساسها، ونظمت شؤون المجتمع على مقتضى أصولها وقواعدها، وتحددت حقوق الأفراد وواجباتهم بموجب أحكامها وأنظمتها ولم يخرج عن حكمها أي شأن من شؤون الحياة، وقد سعد الناس بها ما شاء الله أن يسعدوا ووجدوا في أحكامها الخير والعدل وحفظ حقوقهم ومصالحهم المشروعة. ثم أصاب الشريعة انكماش في التطبيق شيئاً فشيئاً وهجرها المسلمون هجراً غير جميل وعزلوها عن واقع الحياة حتى آل الأمر إلى عدم تطبيقها، في معظم البلاد

---

(١) تفسير ابن كثير: ج١ ص٤٤٧.

الإسلامية، إلا في روابط الأسرة «الأحوال الشخصية» ومسائل قليلة من المعاملات المالية[١].

ولا شك أن هذا المآل الذي صارت إليه الشريعة يرجع إلى عوامل وأسباب كثيرة تعاونت وتضافرت فأدت إلى هذه النتيجة، وليس هنا محل تبيانها وتفصيلها.

٦ ـ ومع هذا كله فنحن نعتقد أن المستقبل للشريعة الإسلامية وأن السيادة القانونية ستكون لها في يوم قريب غير بعيد للأسباب الآتية:

(أولاً) إن تطبيق الشريعة الإسلامية يعتبر في نظر المسلمين من الدين وجزءاً من عقيدتهم، ولهذا فهم يحرصون على تطبيق أحكام شريعتهم ويدعون إلى ذلك على ألسنة كتابهم وعلمائهم وقد أخذ يشاركهم في هذه الدعوة بعض أولي الرأي والمعنيين بالقانون، وأكبر الظن أن الحكومات ستُلبي هذه الرغبة وتستجيب لهذه الدعوة.

---

(١) ويلاحظ هنا أمران: (الأول) أن البلاد الإسلامية التي تطبق الشريعة الآن هي المملكة العربية السعودية واليمن، ولم يجر فيهما تقنين لأحكام الشريعة فما زال مرجع القضاء فيهما إلى الفقه الإسلامي وكتبه، كما أنه لم توضع قوانين على أساس الشريعة عدا بعض الأنظمة التي أصدرتها المملكة العربية السعودية، مثل نظام الزكاة ونظام الجنسية ونظام الإقامة.
(الثاني) أن البلاد التي لا تطبق الشريعة الإسلامية إلا في نطاق الأحوال الشخصية جعلت الشريعة الإسلامية مصدراً من مصادر قانونها المدني، ففي مصر نص القانون المدني في مادته الأولى على أنه: «إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى القانون الطبيعي وقواعد العدالة». وهذا فضلاً عن الأحكام التي استقاها من الشريعة الإسلامية في بعض المسائل التفصيلية من ذلك: بيع المريض مرض الموت، والأهلية والشفعة وإيجار الوقف وغيرها. وفي العراق سلك القانون المدني العراقي مسلك القانون المدني المصري، فنص في الفقرة الثانية من المادة الأولى: «فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمةً لنصوص القانون دون التقيد بمذهب معين، فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة». كما أن بعض الأحكام الواردة فيه كالشفعة والأهلية وغيرها أخذت من الشريعة الإسلامية بمذاهبها المختلفة ومن المجلة، القانون المدني العراقي القديم، وهي فقه حنفي مقنن. والمطلع على القانون المصري والعراقي يجد الأخير أخذ أحكاماً من الشريعة الإسلامية أكثر من الأول.

(ثانياً) إن القانون في كل أمة يعتبر جزءًا من ضميرها ومرآة لآمالها، وضماناً لعقيدتها ومصالحها، ومستقراً لتقاليدها ومثلها العليا وأفكارها في الحياة، وما تتطلع إليه وتريده في المستقبل، والقانون الذي يكتب له البقاء وترضى عليه الأمة هو الذي تتحقق فيه هذه المعاني ونحوها، والشريعة الإسلامية هي الوحيدة التي تتحقق فيها هذه المعاني بالنسبة لبلاد الإسلام على الأقل، ومن ثم فمن الطبيعي والمعقول والموافق لمقتضيات الأمور ومصلحة الأمة، أن تكون الشريعة هي قانون هذه البلاد والأساس لكل تقنين فيها.

(ثالثاً) إن الشريعة الإسلامية ـ بغض النظر عن كونها ديناً ـ صالحة لكل زمان ومكان، لا تضيق بحاجات الناس وما يستجد من أحوالهم وأمورهم ومحققة لمصالحهم المشروعة، وقد تفطن لهذه الحقيقة المعنيون بدراسة القانون وأعلنتها المؤتمرات الدولية كمؤتمر لاهاي للقانون الدولي المقارن المنعقد في سنة ١٩٣٨، حيث قرر المجتمعون من علماء الغرب في القانون أن الشريعة الإسلامية تعتبر مصدراً من مصادر التشريع العام وأنها شريعة حية مرنة قابلة للتطور وأنها قائمة بذاتها ليست مأخوذة من غيرها[1]. كما قرر مؤتمر المحامين الدولي المنعقد في لاهاي سنة ١٩٤٨ القرار التالي: «اعترافاً بما في التشريع الإسلامي من مرونة وما له من شأن هام، يجب على جمعية المحامين الدولية أن تقوم بتبني الدراسة المقارنة لهذا التشريع.. والتشجيع عليها»[2].

ونحن إذ نذكر هذه الشهادة من علماء الغرب لا يعني أننا في شك من صلاح شريعتنا أو أننا بحاجة إلى شهادة من الغير على هذا الصلاح، وإنما نذكره على سبيل الاستئناس؛ لأن صلاح القانون مستمد من ذاته وطبيعة أحكامه ونظمه لا من ثناء المثنين ولا من مدح المادحين.

---

(١) محاضرات في تاريخ الفقه الإسلامي للدكتور محمد يوسف ص ٩. ويلاحظ هنا أن الشريعة الإسلامية وأصولها وأحكامها القطعية لا يمكن أن تتبدل أو تتطور، فالتطور يتناول الأحكام الاجتهادية المبنية على العرف والعادة أو المصلحة المرسلة كما سنذكره فيما بعد.

(٢) المدخل الفقهي العام إلى الحقوق المدنية في البلاد السورية للأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء ص ١٢٩.

٧ ـ ومما يعجل تحقيق ما نتوقعه ونأمله من عودة الشريعة إلى سابق سيادتها القانونية، قيام نهضة فقهية لدراسة الشريعة وبيان مبادئها وقواعدها وأحكامها ووفائها بحاجات المجتمع في أسلوب جديد ونهج حديث ولغة مستساغة(١)، ونحن نلمح تباشير هذه النهضة تلوح في الأفق وتتسع يوماً بعد يوم ومن مظاهر هذا الإنتاج الوافر الذي يقدمه العلماء في مصر وغيرها من أبحاث في الشريعة وتجلية لمبادئها وأغراضها ومقارنتها مع غيرها من الشرائع والقوانين. وكذلك ما نلاحظه من قيام بعض المؤسسات الرسمية في المساهمة بهذه النهضة الفقهية، من ذلك قيام وزارة الأوقاف المصرية بتأسيس مجلس أعلى للشؤون الإسلامية من أغراضه: العمل على إحياء التراث الإسلامي وإخراجه إخراجاً علمياً حتى يسهل الانتفاع به، وإخراج موسوعات في مختلف العلوم الإسلامية(٢). وهذا فضلاً عن عناية كليات الحقوق والشريعة في بغداد ومصر والشام وغيرها بدراسة الشريعة الإسلامية وإن كانت هذه الدراسة مقتصرة على بعض نواحيها.

٨ ـ والطريقة النافعة لدراسة الشريعة هي التي تبدأ بتقديم تمهيد عام لها أو مقدمة عامة، أي: (مدخل) كما هو الشأن في دراسة العلوم المختلفة. فهناك مدخل لدراسة القانون ومدخل لدراسة الاقتصاد ومدخل لدراسة الاجتماع وهكذا، وهذا ما قررته كليات الحقوق في مصر منذ أمد قريب وتبعتها كلية الحقوق العراقية منذ ثمان سنوات. والحق آن هذا النهج في دراسة الشريعة ذو فائدة كبيرة للطالب؛ لأنه يعطيه فكرة عامة عن الشريعة من حيث طبيعتها وخصائصها ومميزاتها كما يجعله يحيط إحاطة عامة بمصادرها وتاريخ نشوئها والنظم القانونية التي جاءت بها

(١) يقول الدكتور السنهوري في كتابه الوسيط في شرح القانون المدني المصري الجديد ص ١٨ هامش ١: «أما جعل الشريعة الإسلامية هي الأساس الأول الذي يبنى عليه تشريعنا المدني فلا يزال أمنية من أعز الأماني التي تختلج بها الصدور وتنطوي عليها الجوانح، ولكن قبل أن تصبح هذه الأمنية حقيقة واقعة ينبغي أن تقوم نهضة علمية قوية لدراسة الشريعة الإسلامية في ضوء القانون المقارن..».

(٢) الفقرة (د) و(ز) من المادة الخامسة من لائحة المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية بوزارة الأوقاف المصرية لسنة ١٩٦٠.

والأدوار التي مرت بها حركة التشريع الإسلامي. فإذا ما تم للطالب ذلك واستوعبه كان على بينة من مصطلحاتها والأفكار الأساسية فيها وبالتالي سيسهل عليه فهمها ولن يجد مشقة ولا كبير عناء إذا ما أراد التوغل في دراسة تفاصيلها.

٩ ـ وقد رأينا أن نقسم هذا المدخل إلى قسمين:

القسم الأول: للكلام عن الشريعة الإسلامية وخصائصها، والفقه الإسلامي وتاريخه ومدارسه ومصادره، ويسبق ذلك بيان حالة العرب الاجتماعية والقانونية قبل الإسلام.

القسم الثاني: لدراسة بعض النظم القانونية التي جاءت بها الشريعة الإسلامية كنظام الملكية أو نظرية الملكية، ونظام العقد أو نظرية العقد، ونظرية الجريمة والعقوبة.



القسم الأول

في التعريف بالشريعة الإسلامية وخصائصها
والفقه الإسلامي وتاريخه ومدارسه ومصادره

الباب الأول
في التعريف بالشريعة والفقه

١٠ ـ نزل الإسلام في بلاد العرب ومنها انتشر إلى أنحاء العالم الأخرى، وقد كان عند العرب عادات وتقاليد بنوا عليها مجتمعهم ونظموا بها علاقاتهم القانونية، فأقر الإسلام بعض العادات، وأبطل البعض الآخر. ولهذا رأينا من المفيد أن نتكلم بإيجاز على حالة العرب الاجتماعية والقانونية قبل الإسلام لنرى ما أقرت منها الشريعة الإسلامية وما ألغت، ثم نتكلم بعد ذلك في سائر مواضيع هذا الباب، وعلى هذا ستكون فصول هذا الباب على النحو التالي:

الفصل الأول: العرب قبل الإسلام: حالتهم الاجتماعية والقانونية.

الفصل الثاني: تعريف الشريعة الإسلامية وبيان خصائصها.

الفصل الثالث: تعريف الفقه الإسلامي وبيان خصائصه.

الفصل الرابع: علاقة الشريعة الإسلامية بالشرائع السابقة.

الفصل الخامس: شرح بعض القواعد الكلية في الفقه الإسلامي.

الفصل الأول

العرب قبل الإسلام حالتهم الاجتماعية والقانون

١١ ـ تمهيد:

موطن العرب الأصلي في الإقليم الواقع في الجنوب الغربي من آسيا، ويحده من الشمال بادية الشام ومن الشرق الخليج العربي وبحر عمان ومن الجنوب المحيط الهندي ومن الغرب البحر الأحمر. وقد سمي هذا الإقليم بجزيرة العرب أو شبه جزيرة العرب نسبة إليهم؛ لأنه موطنهم الأصلي كما قلنا، وقد استوطن بعضهم خارج الجزيرة العربية لا سيما في بادية الشام[١].

وقد ذهب البعض إلى أن العرب ومن حولهم يرجعون إلى أصل واحد إلا أن العرب غلبت عليهم البداوة بينما تحضر من حولهم من سكان الفرات ووادي النيل[٢].

ويرجع المعنيون بالأنساب العرب إلى شعبين كبيرين، هم: القحطانيون والعدنانيون. والقحطانيون من نسل قحطان وهم عرب الجنوب ومنهم اليمانيون، والعدنانيون من نسل إسماعيل بن إبراهيم وهم عرب الشمال ومنهم أهل الحجاز. ومن هذين الشعبين الكبيرين تفرعت سائر القبائل العربية[٣].

وقد غلبت على عرب الجنوب الحضارة وحياة الاستقرار، بينما غلبت على

(١) فجر الإسلام للأستاذ أحمد أمين ج١ ص ١، الأوضاع التشريعية في الدول العربية للدكتور صبحي محمصاني ص ١٤.

(٢) فجر الإسلام ج١ ص٥.

(٣) فمن قحطان تفرع شعب كهلان وشعب حمير، ومن كهلان تفرعت قبائل طي وجذام والأزد، ومن حمير تفرعت قبائل قضاعة وتنوخ وكلب وجهينة. وتفرع من عدنان ربيعة ومضر، ومن ربيعة تفرعت قبائل أشهرها وائل وأسد، ومن مضر تفرعت قبائل أشهرها قيس عيلان وتميم وهذيل وكنانة: فجر الإسلام ج١ ص ٦ ـ ١٠.

عرب الشمال البداوة وحياة التنقل وعدم الاستقرار، وقد أشار القرآن الكريم إلى بعض ما عند عرب الجنوب من خيرات وزروع وما تستلزمه من حياة مستقرة، قال تعالى: ﴿لَقَدْ كَانَ لِسَبَإٍ فِي مَسْكَنِهِمْ ءَايَةٌ جَنَّتَانِ عَن يَمِينٍ وَشِمَالٍ كُلُوا مِن رِّزْقِ رَبِّكُمْ وَاشْكُرُوا لَهُ بَلْدَةٌ طَيِّبَةٌ وَرَبٌّ غَفُورٌ﴾ [سبأ: ١٥].

وقد سميت الفترة التي سبقت النبي الكريم محمد ﷺ بالجاهلية، ونسب إليها العرب في هذه الفترة فقيل: عرب الجاهلية[١].

وستتكلم فيما يلي عن حالة العرب الاجتماعية قبل الإسلام وأثر الإسلام فيها، ثم نتكلم عن حالتهم القانونية وأثر الإسلام فيها وذلك في مبحثين متتاليين.

المبحث الأول

حالة العرب الاجتماعية

١٢ ـ كان العرب قبل الإسلام، إلاّ القليل منهم، يعيشون عيشة البداوة وهؤلاء هم البدو، والقليل منهم سكنوا الأصقاع والقرى والمدن المتحضرة كاليمن ويثرب «المدينة» ومكة وعاشوا عيشة استقرار، وهؤلاء هم الحضر. والبدو من العرب سكنوا البادية وألفوا حياة التنقل والرحيل طلباً للكلأ والماء، وسكنوا بيوت الشعر والخيام واعتمدوا في معيشتهم على ما تنتجه ماشيتهم، كما اعتمدوا على الغزو كوسيلة من وسائل العيش، فكانت القبيلة تغير على الأخرى فتغنم الغالبة ما تجد عند المغلوبة من متاع وحيوان وتسبي نساءهم، وهذه الحياة وعادة الغزو والغارات جعلت البدو أقدر على القتال من الحضر وأكثر شجاعة منهم[٢].

(١) قال الأستاذ أحمد أمين في فجر الإسلام ج١ ص ٨٦ ـ ٨٧: «والجاهلية ليست من الجهل الذي هو ضد العلم، ولكن من الجهل الذي هو السفه والغضب والأنفة... إلى أن قال: فنرى من هذا كله أن كلمة الجاهلية تدل على الخفة والأنفة والحمية» والراجح في نظرنا أن كلمة الجاهلية يراد بها ما قاله الأستاذ أحمد أمين، كما يراد بها أيضاً الجهل الذي هو ضد العلم إذا ما قيس عصر الجاهلية بعصر الإسلام، إذ مما لا ريب فيه أن عرب الجاهلية كانوا على جهل بالشرائع الحقة والأحكام العادلة والمثل العليا التي جاء بها الإسلام، فصح إطلاق لفظ الجاهلية على العصر السابق لعصر النبي ﷺ بالمعنيين المذكورين لكلمة الجاهلية.

(٢) مقدمة ابن خلدون ص ١٢٥.

ومن عادات البدو عزوفهم عن التجارة والزراعة والصناعة واحتقارهم لها واعتبارها من المهن الخسيسة التي لا تليق بهم ولهذا لم يزاولوها، إلا أنهم اشتهروا، كما اشتهر الحضر أيضاً، بالشعر والخطابة والأمثال وسائر فنون اللغة العربية، وبرواية التاريخ وبرزوا في هذا كله واشتهروا به. وكان عندهم شيء من علم النجوم ومعرفة أوقات نزول المطر وهبوب الرياح، وتعلموا ذلك عن طريق التجربة بسبب أسفارهم وتنقلهم.

١٣ ـ وبخلاف البدو، فقد سكن الحضر المدن كما قلنا، واستقروا فيها وزاولوا التجارة والزراعة وكانوا أرقى من البدو وأكثر منهم حضارة. وقد أشار القرآن الكريم إلى ما اعتادته قريش من الرحلة إلى الشام واليمن لغرض التجارة، قال تعالى: ﴿لِإِيلَٰفِ قُرَيْشٍ ۝ إِۦلَٰفِهِمْ رِحْلَةَ ٱلشِّتَآءِ وَٱلصَّيْفِ ۝ فَلْيَعْبُدُوا۟ رَبَّ هَٰذَا ٱلْبَيْتِ ۝ ٱلَّذِىٓ أَطْعَمَهُم مِّن جُوعٍ وَءَامَنَهُم مِّنْ خَوْفٍۭ﴾ [قريش: ١ ـ ٤].

١٤ ـ أساس نظامهم الاجتماعي وبعض أوصافه:

كان العرب قبائل متفرقة، وعلى أساس القبيلة وما يترتب عليها من شيوع العصبية القبلية بين أفرادها قام نظامهم الاجتماعي. والقبيلة ليست دولة ولا كياناً سياسياً وإنما هي وحدة اجتماعية تقوم على صلة القربى ورابطة الدم، ويخضع أفرادها خضوعاً اختيارياً إلى رئيسهم بناء على ما تربطه بهم من رابطة النسب ولما كان يشتهر به عادة من الشجاعة والكرم ولولادته في بيت الرياسة.

١٥ ـ وقد كان من نتائج العصبية القبلية تفاخرهم بالأنساب وتناصرهم على أشد ما يكون التناصر في الحق والباطل[١]، فإذا ما ارتكب أحد أفراد القبيلة جناية على آخر من قبيلة أخرى هبت قبيلة المجني عليه لنصرته والثأر له من الجاني وقبيلته، وكذلك تفعل قبيلة الجاني، تدافع عنه وتخاصم من أجله وإن كان هو الظالم الباغي. والتناصر القبلي ما كان يقف عند حد أفراد القبيلة المشتركين في النسب ورابطة الدم، بل كان يشمل أيضاً المحسوبين على القبيلة بسبب التبني أو الحلف

(١) تفسير المنار للمرحوم رشيد رضا ج٥ ص ٤٥٥.

والموالاة أو بسبب الجوار. أما التبني فقد كان عادة مألوفة عند العرب وكان يتم بعقد بين المتبني والمتبنى أو من ينوب عنه ولم تكن له شروط معينة من جهة العمر أو غيرها[١]. أما الحلف والموالاة فكان يتم بعقد الموالاة أو الحلف بأن يقول أحدهما لصاحبه إذا حالفه: دمي دمك وهدمي هدمك وترثني وأرثك، فيتعاقدان الحلف على أن ينصر كل واحد منهما صاحبه فيدفع عنه ويحميه بحق كان ذلك أو بباطل[٢]. أما الجوار فكان يتم بأن يجير رئيس القبيلة أو أحد وجوهها من يأتي إليهم مستجيراً بهم[٣].

١٦ ـ وكان القتال كثيراً بين القبائل وينشب لأتفه الأسباب كجناية فرد من قبيلة على آخر من قبيلة أخرى فتثور الحرب بين القبيلتين استجابة لداعي العصبية. وساعد على كثرة القتال بين القبائل أن العرف القائم آنذاك أقر الغزو والنهب والسلب واعتبرها أموراً طبيعية وضرباً من ضروب الشجاعة كما أقر قيام القبيلة بطلب الثأر لأحد أفرادها من القبيلة الأخرى. كما أن حياة البداوة وشظف العيش وعدم وجود سلطة يخضع لها الجميع، واتخاذ الغزو وسيلة للعيش، كل ذلك سهل نشوب القتال بين القبائل وجرأ القوي على أكل الضعيف، ولهذا لجأت بعض القبائل إلى التحالف على السلم والتناصر فيما بينها إذا وقع اعتداء على إحداها. ومع ولعهم بالقتال فقد كان من تقاليدهم إيقاف حالة الحرب وتحريمها في الأشهر الحرم وهي ذو القعدة وذو الحجة والمحرم ورجب[٤].

١٧ ـ وكثرة الحروب بين القبائل جعل العرب يكبرون شأن الرجل ويستصغرون شأن المرأة، لأن الرجل أقدر على القتال منها، فهو الذي يباشر الحرب، ويركب الخيل ويحمل السيف ويرد العدو ويحوز الغنيمة ويدافع عن شرف القبيلة. وقد ترتب على هذه النظرة للمرأة أن انحطت منزلتها وهضمت حقوقها وحرمت من

---

(١) أحكام القرآن للجصاص ج٢ ص ٧٧، الأوضاع التشريعية ص ٤٤.

(٢) أحكام القرآن للجصاص ج٢ ص ٢٩٣.

(٣) الأوضاع التشريعية ص ٤٥.

(٤) تاريخ العرب قبل الإسلام للدكتور جواد علي ج٥ ص ٢٤٢.

الميراث، وحتى شاع بين بعض القبائل وأد البنات وهن في قيد الحياة خوفاً من وقوعهن بأيدي العدو سبايا حرب وفي هذا العار الذي لا يحتمل والفضيحة التي تنكس الرأس.. وقد أشار القرآن الكريم إلى هذه العادة القبيحة، فقال تعالى: ﴿وَإِذَا ٱلْمَوْءُۥدَةُ سُئِلَتْ ۞ بِأَىِّ ذَنۢبٍ قُتِلَتْ﴾ [التكوير: ٨ ـ ٩]، كما سجل القرآن ما كان ينتاب أحدهم من الحزن العميق والحيرة والتردد بين الوأد وبين إبقاء الأنثى إذا ولدت امرأته أنثى ولم تلد ذكراً، فقال تعالى: ﴿وَإِذَا بُشِّرَ أَحَدُهُم بِٱلْأُنثَىٰ ظَلَّ وَجْهُهُۥ مُسْوَدًّا وَهُوَ كَظِيمٌ ۞ يَتَوَٰرَىٰ مِنَ ٱلْقَوْمِ مِن سُوٓءِ مَا بُشِّرَ بِهِۦٓ أَيُمْسِكُهُۥ عَلَىٰ هُونٍ أَمْ يَدُسُّهُۥ فِى ٱلتُّرَابِ أَلَا سَآءَ مَا يَحْكُمُونَ﴾ [النحل: ٥٨ ـ ٥٩]. وكما كان الوأد خوفاً من العار فقد كان أيضاً للفقر والعوز ويشمل الصغار إناثاً كانوا أو ذكوراً، قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَوْلَٰدَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَٰقٍ نَّحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْـًٔا كَبِيرًا﴾ [الإسراء: ٣١].

١٨ ـ وبالرغم مما كان عند العرب من الصفات الذميمة كالغزو ووأد البنات والعصبية القبلية، فقد كانت عندهم صفات حميدة وخلال حميدة، مثل الكرم والشجاعة والوفاء وإباء الضيم والأنفة والصدق وحماية الجار والعفو عند المقدرة وغير ذلك[١]. كما كان عندهم إكرام الضيف وقد اعتبروه حقاً للضيف يجب أن يعطاه وأن إهمال هذا الحق أو التقصير فيه أو التغاضي عنه يعد مخالفة قبيحة للعادات والتقاليد القبلية الموروثة[٢].

١٩ ـ أثر الإسلام في حالتهم الاجتماعية:

ما قدمناه وصف مجمل لحالة العرب الاجتماعية قبل الإسلام، فلما جاء الإسلام أحدث تغييراً جذرياً في المجتمع العربي، وأقامه على أساس جديد، وأزال ما فيه من فساد، وأبقى ما فيه من خير.

فقد دعا الإسلام بقوة ووضوح إلى نبذ العصبية القبلية واجتثاث جذورها وإزالة شرورها وقال لهم: «دعوها فإنها منتنة»[٣]، وبين لهم أن جعل الناس شعوباً وقبائل

---

(١) حياة محمد ﷺ تأليف الدكتور محمد حسين هيكل ص ١٢.

(٢) الأوضاع التشريعية، ص ٢٤.

(٣) من حديث للرسول ﷺ، انظر تفسير الطبري ج٢٨ ص٧٨.

إنما هو للتعارف لا للتفاخر ولا للتعصب للجنس أو القبيلة، وأن قيمة الإنسان إنما تكون بالتقوى، وهي كلمة جامعة تشمل جميع الأعمال الصالحة وفقاً لأوامر الله وحدوده، قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَٰكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَىٰ وَجَعَلْنَٰكُمْ شُعُوبًا وَقَبَآئِلَ لِتَعَارَفُوٓا۟ ۚ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ ٱللَّهِ أَتْقَىٰكُمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ﴾ [الحجرات: ١٣]. وقد أكد الرسول ﷺ هذا المعنى في خطبه ومواعظه، وأخبر المسلمين أن الدعوة إلى العصبية والقتال من أجلها والموت عليها ابتعاد عن الإسلام وخروج عن جماعة المسلمين، قال عليه الصلاة والسلام: «ليس منا من دعا إلى عصبية، وليس منا من قاتل على عصبية، وليس منا من مات على عصبية»[١]. وأخبرهم بأن الله تعالى قد أذهب عنهم أوضار الجاهلية، وأن التفاضل بينهم يكون بمقدار ما عند الإنسان من تقوى ولا يكون بالأحساب والأنساب، فكل البشر يرجعون إلى آدم، وآدم خلق من تراب، فقد جاء في خطبة النبي ﷺ في حجة الوداع: «أيها الناس إن الله تعالى أذهب عنكم نخوة الجاهلية وفخرها بالآباء، كلكم لآدم، وآدم من تراب، ليس لعربي على أعجمي فضل إلا بالتقوى»[٢].

والحق أن العصبية القبلية والجنس وإقامة المجتمع على هذا الأساس لا يتفق والإسلام، لأن الإسلام بطبيعته دعوة عالمية جاء إلى الناس أجمعين، فيجب أن يقوم المجتمع على أساس يتفق وهذا العموم، والعقيدة الإسلامية هي الأساس المعقول الذي يتفق وعموم الإسلام؛ لأنه يسع الناس جميعاً ولا يضيق بأحد بخلاف الجنس فإنَّه بطبيعته أساس ضيق لا يسع الناس جميعاً فليس بمقدور إنسان أن يكون من الجنس الذي يهواه بعد أن كان من جنس آخر سواه، ولهذا فقد جعلت الشريعة الإسلامية الإسلام هو الأساس الذي يقوم عليه المجتمع واعتبرت المسلمين أخوة ﴿إِنَّمَا ٱلْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ﴾ [الحجرات: ١٠]. وفي الحديث الشريف: «إن كل المسلم على المسلم حرام وإنما المسلمون إخوة»[٣]. واتخاذ الإسلام

(١) الجامع الصغير للسيوطي، ج٢، ص ٤٠.
(٢) إمتاع الأسماع للمقريزي ص ٥٢٣.
(٣) المقريزي ص ٥٣٢.

أساساً للمجتمع هو الشيء المنطقي المقبول؛ لأنه أساس مرن يسع جميع الخلق إذ بمقدور كل إنسان أن يعتنق الإسلام فيصير من عداد المجتمع ومن يأبى فإنه يبقى عضواً في المجتمع الإسلامي ومواطناً في دولة الإسلام ويحمل جنسيتها فينعم بعدل الإسلام ورعاية المسلمين ويكون له ما لهم من الحقوق وعليه ما عليهم من الواجبات إلا ما قام على العقيدة أو استلزم العقيدة الإسلامية[1].

٢٠ ـ وقد ترتب على هدم العصبية القبلية زوال التناصر بالباطل بين أفراد القبيلة؛ لأن الإسلام حرم التعاون على الباطل والبغي، قال تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة: ٢] . وبعد أن كان الشعار في الجاهلية: «انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً» بمعنى أن القبيلة تقف إلى جانب أي فرد منها في الحق والباطل وحتى لو كان ظالماً وتدافع عنه وتقاتل معه، صار الشعار في الإسلام، كما جاء في الحديث الشريف عن النبي ﷺ: «انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً. قيل: أنصره إن كان مظلوماً فكيف أنصره ظالماً؟ قال: تحجزه عن الظلم فإن ذلك نصره»[2]. وبعد أن كان التفاخر بالأنساب جعل الإسلام بدله التنافس في عمل الخير، قال تعالى مشيراً إلى عمل الخير وما يؤول إليه أمره في الآخرة: ﴿وَفِي ذَٰلِكَ فَلْيَتَنَافَسِ الْمُتَنَافِسُونَ﴾ [المطففين: ٢٦] .

ومع هذا فقد أبقى الإسلام التعاون والتناصر بين أفراد القبيلة في الخير ومن مظاهر هذا التعاون ما أوجبته الشريعة الإسلامية من وجوب الدية في القتل الخطأ على عصبة الجاني من رجال قبيلته[3]. كما أبقى الإسلام التحالف الذي كان يجري بين القبائل إذا كان على نصر المظلوم وأبطل التحالف على عون الظالم، ولهذا مدح النبي ﷺ حلف الفضول الذي جرى في الجاهلية، وقد حضره النبي ﷺ قبل النبوة، فقد اجتمعت في هذا الحلف بطون قريش، مثل تميم وهاشم وزهرة في دار

---

(١) كتابنا أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام ٧٠ ـ ٢٠٠، ٦٣٤.

(٢) تيسير الوصول ج٣ ص ٢٨.

(٣) كتابنا أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام ص ٢٧٦ ـ ٢٧٧ والعصبة أقارب الرجل الذكور من أبيه.

عبد الله بن جدعان وتحالفوا على رد المظالم في مكة، وقال النبي ﷺ في هذا التحالف: «ما أحب أن لي بحلف حضرته حمر النعم في دار ابن جدعان، تحالفوا أن يكونوا مع المظلوم ما بلّ بحر صوفه، ولو دعيت إلى مثله في الإسلام لأجبت»[١].

٢١ ـ وأبطل الإسلام عادة النهب والسلب وشن الغارات والاعتداء على الآخرين، فقد جاء في القرآن الكريم: ﴿وَلَا تَعْتَدُوٓاْ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يُحِبُّ ٱلْمُعْتَدِينَ﴾ [البَقَرَة: ١٩٠]، فأمن الضعيف شر القوي وبغيه، كما أبطل الإسلام التبني، كما سنذكره فيما بعد.

٢٢ ـ وأنكر الإسلام عادة وأد البنات وحرمها واعتبرها بحق من سيّئ العادات، فالأنثى كالذكر أهل لأن يصدر عنها الخير والفعل الجميل ومن ثم فهي جديرة بالإكرام والعناية، وهي كالرجل، مخاطبة بالأحكام ومكلفة بما كلف به الرجل، فقد أمرتها الشريعة الإسلامية بالإيمان والمعرفة والأعمال الصالحة والعبادات والمعاملات كما أمرت الرجل بهذه الأمور، وقد بايع النبي ﷺ المؤمنات، كما بايع المؤمنين. وهكذا رفع الإسلام قدر المرأة فلم تعد ذلك المخلوق الذي تستصغره العين ويزدريه المجتمع، وجعل لها من الحقوق مثل ما للرجل إلا في حق واحد وهو حق رياسة الأسرة، فقد جاء في القرآن الكريم: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِۚ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌۗ﴾ [البَقَرَة: ٢٢٨] . فالحقوق بين الزوجين متبادلة وما من حق على المرأة للرجل إلا ويقابله حق من جنسه على الرجل للمرأة[٢]. وأما رياسة الأسرة التي أوتيها الرجل وعبر عنها القرآن الكريم: ﴿وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌۗ﴾ [البَقَرَة: ٢٢٨] ، وبقوله تعالى: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ﴾ [النِّساء: ٣٤]، فإن هذه الرياسة وما تستلزمه من الإنفاق على الأسرة والعناية بها وطاعة الزوجة لزوجها، أقول إن هذه الرياسة أمر طبيعي لا غرابة فيه؛ لأن الحياة الزوجية حياة اجتماعية وشركة هي من أخص علاقات الإنسان بغيره، والأصل فيها أن تكون

---

(١) الجصاص ج٢ ص ٢٩٤، إمتاع الأسماع ج١ ص ١١.

(٢) تفسير المنار للأستاذ محمد رشيد رضا رحمه الله ج٢ ص ٣٢٧.

دائمية مدى الحياة، وكل شركة أو اجتماع لا بد له من رئيس يكون المرجع في حسم الخلاف لئلا تختل الشركة وتنفصل عرى الاجتماع، والرجل أحق بهذه الرياسة من المرأة لما أوتيه من قوة بدنية وخبرة اكتسبها من معاملاته وتجاربه، هي أكثر مما عند المرأة عادة، فضلاً عن تكليفه بالإنفاق على البيت دون المرأة، وأيضاً فإن هذه الرياسة مبنية على المودة والرحمة والمعاملة الحسنة، قال تعالى: ﴿وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓاْ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾ [الروم: ٢١] وقوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [النّساء: ١٩] فهكذا رياسة تقوم على المودة والرحمة والمعاشرة الحسنة لا تكون رياسة خشنة مكروهة ثقيلة على النفس، بل تكون رياسة خفيفة على النفس مقبولة مرضية، ومن أجل هذا كله فإن مبدأ رياسة الرجل للأسرة «موجود ويطبق الآن في جميع الشرائع الدينية والعلمانية باسم السلطة الزوجية»[١].

٢٣ ـ وقد أقر الإسلام ما عند عرب الجاهلية من كريم الصفات وجميل الخلال مثل الوفاء بالعهد والصدق ورعاية الجار والشجاعة والكرم، بعد أن شذب بعضها، فالشجاعة محمودة إذا كانت في سبيل الحق وإعلاء كلمة الله، لا في سبيل طلب العلو في الأرض ونشر الفساد فيه بالاعتداء على الآخرين، والكرم محمود ما دام في محله لا لطلب السمعة والرياء، وأقر الإسلام عادة إكرام الضيف وجعل هذا الإكرام حقاً للضيف على المضيف، فقد جاء في الحديث الشريف: «ليلة الضيف حق على كل مسلم، فمن أصبح بفنائه فهو عليه دين إن شاء الله اقتضى وإن شاء ترك»[٢]. وفي حديث آخر عن عقبة بن عامر، قالت: قلت لرسول الله ﷺ إنك تبعثنا فننزل بقومٍ لا يقروننا فما ترى؟ فقال: «إذا نزلتم بقوم فإن أمروا لكم بما ينبغي للضيف فاقبلوا وإلا فخذوا منهم حق الضيف الذي ينبغي لهم»[٣].

---

(١) مقدمة في إحياء علوم الشريعة الإسلامية للدكتور صبحي محمصاني ٢٠٨، وقد جاء في نفس هذه الصحيفة: «فملكة الإنكليز نفسها عندما تزوجت سألها الكاهن: هل تطيعين زوجك؟ فأجابت: نعم، وذلك قبل أن يكللها بالزواج الديني».

(٢) تيسير الوصول ج٤ ص ٥٢.

(٣) تيسير الوصول ج٤ ص ٥٣.

٢٤ ـ ويخلص بنا من جميع ما تقدم أن الشريعة الإسلامية، أبقت من عادات عرب الجاهلية ما كان صالحاً منها ومتفقاً مع مبادئها وأهدافها، وألغت ما كان فاسداً منها ولا يتفق مع مثلها ومبادئها، فأعطت للصالح حقه من الإبقاء، كما أعطت للفاسد حقه من الإلغاء.

المبحث الثاني
الحالة القانونية عند العرب

تمهيد

٢٥ ـ قلنا في مقدمة الكتاب أن القانون ضروري للمجتمع، كما أن المجتمع ضروري للإنسان، ولهذا لم يخل مجتمع من قواعد قانونية على نحو ما تنظم علاقات الأفراد فيما بينهم، وقد تكون هذه القواعد عبارة عن عادات وأعراف وتقاليد تسير أمور الناس بمقتضاها ويتحاكمون إليها عند الخصام والنزاع. وهذا ما كان عند العرب في الجاهلية، فما كانت عندهم حكومة أو سلطة تتولى التشريع، وإنما كانت عندهم عادات وأعراف وتقاليد تكوّن ما يمكن تسميته بالقانون الجاهلي. كما لم تكن عند العرب سلطة قضائية يترافعون إليها في منازعاتهم، وإنما كانوا يرجعون إلى شيخ القبيلة أو إلى الكهان[1]. وما كان واحد من هؤلاء يقضي بقانون مكتوب وإنما يقضي بما يعرفه من عادات القوم وأعرافهم الذين يعيش فيما بينهم. كما أن المتخاصمين ما كانوا ملزمين بالرجوع إلى من ذكرنا وإنما يرجعون إليهم بتراضيهم، وإذا ما أصدروا حكماً فقد لا يطيعه المحكوم عليه ولا شيء عليه سوى ما قد يتعرض له من نقمة قبيلته أو غضب من يهمه تنفيذ هذا الحكم. فحكم هؤلاء المحكمين يعتمد في تنفيذه على ما يتمتع به المحكم من سلطة أدبية وعلى مدى احترام المحكوم عليه له[2].

وقد تعرضت الشريعة الإسلامية للقانون الجاهلي المبني على عاداتهم

---

(١) الأسرة في الشرع الإسلامي للدكتور عمر فروخ ص ٣٧.
(٢) فجر الإسلام ج١ ص ٢٧٤ ـ ٢٧٧.

وأعرافهم، فأقرت بعض هذه العادات وعدلت بعضاً منها كما ألغت البعض الآخر. ونذكر فيما يلي بعض ما كان عند العرب من أوضاع قانونية وما أبقته الشريعة الإسلامية منها وما أنكرته أو عدلته.

أولاً ـ في قانون الأسرة

أولاً: النكاح وبعض ما يتعلق به

٢٦ ـ عرف عرب الجاهلية أنواعاً من النكاح، منها نكاح الناس اليوم «يخطب الرجل إلى الرجل وليته أو بنته فيصدقها ثم ينكحها»[١]. وقد أقر الإسلام هذا النوع من النكاح ووضع له حدوداً وأصولاً. وهناك أنكحة فاسدة أنكرتها الشريعة الإسلامية ولم تقر العرب عليها ومن هذه الأنكحة الفاسدة:

٢٧ ـ نكاح الشغار: وهو أن يزوج الرجل ابنته أو من تحت ولايته لآخر على أن يزوجه هذا الآخر بنته أو من تحت ولايته وليس بينهما صداق[٢]، أي لا يدفع أحدهما مهراً للآخر، بل تعتبر كل من الزوجتين مهراً للأخرى. وقد نهى الإسلام عن هذا النوع من النكاح، فقد جاء في الحديث الشريف: «نهى رسول الله ﷺ عن الشغار» وفي حديث آخر: «لا شغار في الإسلام»[٣].

٢٨ ـ نكاح المقت: هو زواج الابن امرأة أبيه بعد وفاته إن لم تكن أمه، وقد كان هذا من عادة الجاهلية، فإذا ما توفي الرجل عن زوجة وكان له ابن من غيرها فلهذا الابن أن يتزوجها بلا مهر ودون توقف على رضاها كما كان له أن يزوجها من يشاء ويأخذ مهرها، أو يمتنع من تزويجها حتى تموت فيرثها. وكان هذا النكاح شائعاً معروفاً عند عرب الجاهلية[٤]. فإذا لم يرغب الابن فيها انتقل حقه إلى إخوته أو إلى سائر العصبات الأقرب فالأقرب[٥]، وقد أبطل الإسلام هذا النكاح المقيت

---

(١) من حديث أخرجه البخاري، انظر نيل الأوطار للشوكاني ج٦ ص ١٥٨.

(٢) سبل السلام للصنعاني ج٣ ص ١٦١.

(٣) نيل الأوطار ج٥ ص ١٤٠.

(٤) الجصاص ج١ ص ١٠٦، ٢٠٢، تفسير المنار ج٤ ص ٤٦٤.

(٥) الأوضاع التشريعية، ص ٥٤.

وما يتعلق به، فقد جاء في القرآن الكريم: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ۚ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةً وَمَقْتًا وَسَآءَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ٢٢]، ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَرِثُوا۟ ٱلنِّسَآءَ كَرْهًا ۖ وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا۟ بِبَعْضِ مَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ﴾ [النساء: ١٩].

٢٩ ـ الجمع بين الأختين، وتعدد الزوجات: وكان من عاداتهم أن يتزوجوا الأختين فنهاهم الإسلام عن ذلك، جاء في القرآن في سياق تعداد المحرَّمات: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا۟ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ﴾ [النساء: ٢٣] . كما أن تعدد الزوجات بلا حد كان مألوفاً عندهم، جاء في الحديث الشريف أن غيلان بن سلمة الثقفي أسلم وله عشرة نسوة تزوجهن في الجاهلية فأسلمن معه، فأمره النبي ﷺ أن يختار أربعاً منهن ويفارق الباقيات[1]. وقد أقرت الشريعة الإسلامية مبدأ التعدد وأجازته إلى حد أربع زوجات وجعلت هذا التعدد مباحاً عند الحاجة وأمن الجور في المعاملة، وإلا فواحدة إذا خاف الزوج من عدم القدرة على العدل والقيام بحقوق الزوجية، قال تعالى: ﴿فَٱنكِحُوا۟ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا۟ فَوَٰحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ ۚ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰٓ أَلَّا تَعُولُوا۟﴾ [النساء: ٣] وقد فسَّر الشافعي «أن لا تعولوا»، أي: لئلا يكثر عيالكم فلا تستطيعوا رعايتهم[2].

٣٠ ـ المحرمات من النساء في النكاح: كان عند العرب تحريم الأمهات والبنات والعمات والخالات، فيحرم على الرجل نكاح أمه أو ابنته أو عمته أو خالته، كما كان يحرم على المرأة نكاح أحد أصولها أو فروعها أو أخوالها أو أعمامها، كما جعلوا التبني مانعاً من الزواج، كالبنوة الحقيقية[3]. وقد أقر الإسلام تحريم الأمهات ونحوهن وبين من يحرم نكاحهن، كما أبطل التبني وما ترتب عليه من اعتباره كمانع من موانع الزواج، قال تعالى في إبطال التبني: ﴿وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَآءَكُمْ أَبْنَآءَكُمْ﴾ [الأحزاب: ٤] . وقال تعالى في بيان المحرمات: ﴿حُرِّمَتْ

(١) سبل السلام للصنعاني ج٣ ص ١٧٥، نيل الأوطار للشوكاني ج٥ ص ١٦٠.
(٢) تاريخ التشريع الإسلامي ومصادره لأستاذنا محمد سلام مدكور ص ٣٣.
(٣) الأوضاع التشريعية ص ٥٣.

عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَٰتُكُمْ وَعَمَّٰتُكُمْ وَخَٰلَٰتُكُمْ وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِىٓ أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِى فِى حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِى دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا۟ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَٰٓئِلُ أَبْنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنْ أَصْلَٰبِكُمْ وَأَن تَجْمَعُوا۟ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ...﴾ [النساء: ٢٣].

٣١ ـ المهر:

كان الرجل في الجاهلية إذا زوج موليته أخذ مهرها، فنهاهم الإسلام عن ذلك، قال تعالى: ﴿وَءَاتُوا۟ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء: ٤]. وقد فسر البعض هذه الآية بأنها خطاب لأولياء المرأة بأن لا يحبسوا عنها المهر إذا قبضوه، لأن المهر من حق المرأة ولا حق للولي فيه، كما تضمنت هذه الآية، على ما قاله البعض أن على الزوج أن يعطيها المهر بطيبة من نفسه وهذه بعض معاني كلمة نحلة[1]. كما أن قول الله: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا۟ بِأَمْوَٰلِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَٰفِحِينَ﴾ [النساء: ٢٤]. يدل على أن الرجل يدفع المهر للمرأة وهو حق لها على الزوج[2].

ثانياً ـ فرق النكاح

٣٢ ـ فرق النكاح هي ما تنحل به عقدة النكاح فينقطع بها ما بين الزوجين من علاقة زوجية[3]. ونذكر فيما يلي بعض هذه الفرق التي كانت عند العرب وما طرأ عليها بعد الإسلام.

٣٣ ـ الطلاق:

الطلاق في الشريعة الإسلامية حل لرابطة الزوجية بألفاظ مخصوصة[4] وقد عرف عرب الجاهلية الطلاق ولكن لم يكن له عندهم عدد محدود[5]، فكان للزوج أن يطلق زوجته ثم يراجعها في العدة وهكذا يفعل مرات عديدة، وبهذا الأسلوب

(١) الجصاص ج٢ ص ٥٧. (٢) تاريخ التشريع للخضري ص ٧٨.
(٣) محاضرات عن فرق الزواج للأستاذ علي الخفيف ص ١.
(٤) شرح العناية على الهداية ج٣ ص ٢٠، فتح القدير ج٣ ص٢١.
(٥) تفسير المنار ج٢ ص ٤٠٢.

من الطلاق كان الرجل يستطيع أن يضار زوجته فيجعلها كالمعلقة لا يفارقها لتنكح زوجاً غيره ولا يقوم بحقها كزوجة له، بل كان للمطلق أن يمنع مطلقته من الزواج حتى بعد انقضاء عدتها.

٣٤ ـ وجاءت الشريعة الإسلامية، فأقرت مبدأ الطلاق ولكن لم تجعله بلا حد كما كان عليه الحال في الجاهلية، فجعلت حق الزوج في الطلاق ثلاث تطليقات ويتمامها تتم الفرقة بين الزوجين، قال تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾ [البَقَرَة: ٢٢٩]، وقوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ﴾ [البَقَرَة: ٢٣٠]. فالزوج له أن يطلق زوجته وله أن يراجعها في العدة إن كان الطلاق رجعياً وهكذا يفعل في التطليقة الثانية فإن طلقها الثالثة وقعت الفرقة بينهما فلا تحل له من بعد هذا إلا بعقد جديد بعد أن تنكح زوجاً غيره ويفارقها بطلاق أو بموت. فهذا التنظيم للطلاق في الشريعة الإسلامية تنظيم بديع ودقيق يتسم بالواقعية ويحرص جهد الإمكان على بقاء الرابطة الزوجية ويعطي فرصة كافية للزوج المطلق للرجوع عن طلاقه إذا كان طلاقه جاء بلا روية ولا تدبر. فالشريعة الإسلامية تحرص على بقاء الرابطة الزوجية وتكره الطلاق ولكن تعترف به وتقره كوسيلة لحسم الخلاف بين زوجين لم يعد بالإمكان الاستمرار على حياتهما الزوجية. فإذا وقع الطلاق جاز للمرأة أن تتزوج بعد انقضاء عدتها ولا يحق للزوج أن يمنعها من الزوج وبهذا ألغى الإسلام عادة الجاهلية التي تعطي للمطلق الحق في منع مطلقته من الزواج، قال تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغۡنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعۡضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحۡنَ أَزۡوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوۡاْ بَيۡنَهُم بِٱلۡمَعۡرُوفِۗ﴾ [البَقَرَة: ٢٣٢].

٣٥ ـ الخلع: عرف العرب الخلع كوسيلة من وسائل حل الرابطة الزوجية، ومعناه أن الزوجة أو أهلها يدفعون إلى الزوج مقداراً من المال نظير أن يطلقها الزوج[1]. فالخلع إذن فرقة بين الزوجين برضاهما مقابل مقدار من المال تدفعه الزوجة أو أهلها إلى الزوج. وقد أقر الإسلام الخلع وبين الفقهاء شروطه وما يتعلق به[2].

---

(١) فرق الزواج لأستاذنا علي الخفيف ص ١٣٢.

(٢) كتابنا أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام ص ٣٩٠.

٣٦ ـ الإيلاء: وهو في اللغة الحلف، وفي الاصطلاح الفقهي الحلف الواقع من الزوج أن لا يطأ زوجته. وكان الإيلاء عندهم طلاقاً يقع بعد انتهاء مدة الإيلاء وهي عندهم سنة وربما جعلوها سنتين. وقد أقر الإسلام الإيلاء ولكن وقت له أربعة أشهر إذا مضت دون أن يقرب الزوج زوجته، وقعت الفرقة بينهما بتطليقة بائنة عند بعض الفقهاء، وبتطليقة رجعية عند البعض الآخر[١].

٣٧ ـ الظهار: كان الظهار عندهم بمنزلة الطلاق[٢] وهو أن يقول الزوج لزوجته أنت علي كظهر أمي[٣]. وقد أبطل الإسلام اعتبار الظهار طلاقاً وأوجب فيه الكفارة، فلا يحق للزوج أن يمس زوجته ويقربها إلا بعد أن يقوم بهذه الكفارة، قال تعالى في القرآن الكريم: ﴿ٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَآئِهِم مَّا هُنَّ أُمَّهَٰتِهِمْ ۖ إِنْ أُمَّهَٰتُهُمْ إِلَّا ٱلَّٰٓـِٔى وَلَدْنَهُمْ ۚ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَرًا مِّنَ ٱلْقَوْلِ وَزُورًا ۚ وَإِنَّ ٱللَّهَ لَعَفُوٌّ غَفُورٌ ۝ وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا۟ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا ۚ ذَٰلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِۦ ۚ وَٱللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ۝ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا ۖ فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا . . .﴾ [المجادلة: ٢ ـ ٤].

٣٨ ـ آثار الفرقة: من آثار الفرقة العدة، وهي مدة تتربصها المرأة عقب وقوع سبب من أسباب الفرقة، فيمتنع على المرأة أن تتزوج بغير زوجها حتى تنقضي هذه المدة[٤]. والحكمة منها التأكد من براءة الرحم منعاً من اختلاط الأنساب. وقد عرف العرب العدة، فقد كان من عاداتهم أن المرأة إذا فارقت زوجها بطلاق أو بموت لزمتها العدة، وكانوا يجعلون عدة الوفاة سنة كاملة[٥]. وقد أقرت الشريعة الإسلامية نظام العدة وبينت مقاديرها بصورة مضبوطة بالنسبة لمختلف النساء، فجعلتها ثلاثة قروء بالنسبة لذوات الحيض[٦] وثلاثة أشهر بالنسبة للمرأة التي لا

---

(١) الجصاص ج١ ص ٣٥٧، نيل الأوطار ج٦ ص ٢٥٧ ـ ٢٥٨.
(٢) الجصاص ج٣ ص ٤١٧.
(٣) تاريخ التشريع للخضري ص ٨٣.
(٤) فرق الزواج ص ٣٢٧ ـ ٣٢٨.
(٥) الأوضاع التشريعية ص ٦٠.
(٦) ثلاثة قروء، أي: ثلاث حيضات أو ثلاثة أطهار على اختلاف بين المفسرين.

تحيض لكبر سنها أو لصغرها، وأربعة أشهر وعشرة أيام بالنسبة للمتوفى عنها زوجها، ووضع الحمل بالنسبة للحامل، ولا عدة على المرأة قبل الدخول بها.

ثالثاً: الوصية والميراث

٣٩ ـ الوصية:

الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت[1]. وقد عرف العرب هذا التصرف القانوني، وكانوا يجيزون الوصية للوارث وغيره، ودون تحديد لمقدارها، وقد أقر الإسلام مبدأ الوصية وجعلها في حدود ثلث تركة الموصى وما زاد على الثلث موقوف على إجازة الورثة، كما أجازها بالنسبة لغير الورثة وجعلها نافذة، أما بالنسبة للوارث فقد جعلها موقوفة على إجازة بقية الورثة[2].

٤٠ ـ الميراث:

الإرث من أسباب نقل الملكية فتنتقل الأموال والحقوق المالية من الموروث بعد موته إلى ورثته بطريق الخلافة بحكم الشرع بعد إيفاء الحقوق المتعلقة بتركة الميت[3]. وقد عرف العرب الإرث كسبب من أسباب الملكية، وكانوا يتوارثون بشيئين: النسب، والسبب. والذين يستحقون الميراث بالنسبة ـ أي: بالقرابة ـ هم الأبناء الكبار الذين يقاتلون على الخيل ويحملون السيف ويحوزون الغنيمة، وكانوا يعطون الميراث الأكبر فالأكبر، على ما ذكره الإمام الطبري في تفسيره، فإن لم يوجد أحد من الأبناء كان المستحق أقرب أولياء المتوفى من العصبة كالأخ والعم ونحوهما. وما كانوا يورثون النساء ولا الصغار ذكوراً كانوا أو إناثاً. أما التوارث بالسبب فيتضمن التوارث بسبب التبني والحلف والمعاقدة. فلما جاء الإسلام تركهم برهة من الدهر على عوائدهم في الميراث ثم نسخ الميراث بالتبني. قال تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَآءَكُمْ أَبْنَآءَكُمْ﴾ [الأحزاب: ٤] ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَآئِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوا آبَآءَهُمْ

(١) الدر المختار ج٥ ص ٥٦٨.

(٢) الجصاص ج١ ص ١٦٤ وما بعدها، الأوضاع التشريعية ص ٦٨.

(٣) كتابنا أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام ص ٥١٧.

﴿فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ﴾ [الأحزاب: ٥]. ثم جعل الإسلام في أول الأمر التوارث بسبب الهجرة، فالمهاجرون من مكة إلى المدينة يتوارثون فيما بينهم، وكذلك جعل الإسلام الأخوة التي آخى بها رسول الله ﷺ بين المهاجرين والأنصار سبباً من أسباب الميراث ثم نسخ الإسلام الهجرة والمؤاخاة كسببين من أسباب الميراث. قال تعالى: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُهَاجِرِينَ﴾ [الأحزاب: ٦] فصار الميراث في الشريعة الإسلامية بسبب القرابة على النحو المفصل في كتاب الله وسنة رسوله، وحسب السهام التي أقرتها الشريعة الإسلامية لهم، وقد دخل في هذا التنظيم الإناث، والصغار، فالمرأة ترث والصغير يرث وبهذا ألغي نظام الجاهلية الظالم الذي حرم المرأة والصغار من الميراث. واعتبرت الشريعة الإسلامية أيضاً الزوجية سبباً من أسباب الإرث فالزوجان يتوارثان بسبب الزوجية، وكذلك جعلت الشريعة ولاء العتاقة سبباً للميراث فالمعتق يرث عتيقه، أما الإرث بالحلف والموالاة فمنسوخ عند جمهور الفقهاء، وثابت عند بعضهم غير منسوخ[١].

ويلاحظ أن ما جرى عليه عرب الجاهلية من حرمان النساء مطلقاً والصغار من الذكور من الميراث كان يتفق والنظام الاجتماعي عندهم، فقد اعتبروا الغارة والغزو من أهم أسباب كسب المال ولا يقوى على ذلك إلا الرجال فكان من المعقول في نظرهم أن يخصوهم بالميراث دون النساء والصغار، وفاتهم أن العدالة والمعقول أن يحصل الصغار والنساء شيئاً من الميراث لحاجتهم إلى العون المادي ولأن المال قد يكتسب بغير سبب الغارات والسلب[٢]، فجاء الإسلام وأرجع الأمور إلى نصابها وأعطى كل ذي حق حقه، وأزال الحيف والظلم عن النساء والصغار فأشركهم في الميراث.

ثانياً ـ في المعاملات

٤١ ـ عرف العرب قبل الإسلام أنواع المعاملات كالشركة والمضاربة والرهن

(١) تفسير الطبري ج٨ ص ٣٢، الجصاص ج٢ ص ٧٣ ـ ٧٧، تفسير القرطبي ج٥ ص ٧٩.
(٢) التركة والميراث في الإسلام للدكتور محمد يوسف موسى ص ٢٤.

والبيع ونحو ذلك، ونذكر فيما يلي بعض الآثار الدالة على معرفتهم لبعض عقود المعاملات ونذكر ما أقر الإسلام منها وما أبطل.

١ ـ عقد الشركة: كان معروفاً عندهم، يدل على ذلك ما جاء في السيرة النبوية: «وكان ـ أي الرسول محمد ﷺ ـ قبل بعثته يشارك السائب بن أبي السائب، فلما كان يوم الفتح ـ أي فتح مكة ـ جاءه فقال عليه السلام: «مرحباً بأخي وشريكي كان لا يداري ولا يماري»(١). وقد أقر الإسلام عقد الشركة ووضح الفقهاء شروط هذا العقد وآثاره.

٢ ـ عقد المضاربة: ويسمى أيضاً بالقراض. ومعناه أن يقدم ذو المال ماله إلى من يتجر به على جزء معين من الربح. وكان هذا العقد معروفاً عند العرب وشائعاً عند قريش، فقد كان أهل مكة يقدمون مالهم مضاربة لمن يتجر به، وكان لقريش رحلتان تجاريتان كبيرتان الأولى إلى اليمن في الشتاء والثانية إلى الشام في الصيف، وقد أشار القرآن إلى هذا. وقد أقر الإسلام عقد المضاربة(٢).

٣ ـ وعرفوا عقد السلم وأقرهم الإسلام عليه، فقد جاء في الحديث الشريف عن ابن عباس، قال: قدم النبي ﷺ المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين، فقال: من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم، والسلم بيع معدوم وقت العقد على أن يسلمه البائع فيما بعد في وقت معين(٣).

٤ ـ القرض والربا: وعرفوا عقد القرض، وكانوا يجرونه بالربا، فكانوا يتداينون إلى أجل بزيادة مشروطة فكانت الزيادة بدلاً من الأجل، وإذا ما حل وقت الأداء قال الدائن للمدين: أد أو أرب، فإن لم يؤد زاد الدائن شيئاً على الدين وهكذا يتضاعف الدين على المدين، فحرم الإسلام هذا كله ونهاهم عن الربا بجميع أنواعه(٤). قال تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا۟﴾ [البَقَرَة: ٢٧٥]. ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوا۟

---

(١) إمتاع الأسماع للمقريزي ص ٨ ـ ٩ ومعنى لا يداري، أي: لا يخاصم.

(٢) الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير ج٣ ص ٣٤٦.

(٣) نيل الأوطار للشوكاني ج٥ ص ٢٢٦.

(٤) الجصاص ج١ ص ٤٦٤، تاريخ التشريع الإسلامي للخضري ص٩٥.

﴿الرِّبَوٰٓاْ أَضْعَـٰفًا مُّضَـٰعَفَةً ۖ وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [آل عمران: ١٣٠]. وقوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَوٰٓاْ إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ ۝ فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِۦ ۖ وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَٰلِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾ [البقرة: ٢٧٨ ـ ٢٧٩]. وأكد الرسول ﷺ تحريم الربا في خطبة حجة الوداع، فقد جاء فيها: «... ألا إن كل شيء من أمر الجاهلية تحت قدمي موضوع.. وربا الجاهلية موضوع كله وأول ربا أضعه ربا عباس بن عبد المطلب»[1]. وهكذا أزالت الشريعة الإسلامية عادة الربا وطهرت المجتمع من فساده، لأنه لا يتفق وما يجب أن يقوم عليه المجتمع من تعاون وتضامن وترفع عن استغلال حاجة المحتاجين.

٥ ـ الرهن: وعرفوا عقد الرهن الحيازي، وكان عندهم يجوز أن يتملك المرتهن المرهون إذا حل أجل الدين ولم يدفعه المدين (الراهن). ويتم هذا التملك بالشرط عند الرهن أو بناء على العرف الجاري، وقد نهى الإسلام عن هذا فقد جاء في الحديث: «لا يغلق الرهن» أي لا يتملكه المرتهن إذا لم يسدد الراهن الدين في ميعاده[2].

٦ ـ البيوع: وعرفوا أنواعاً من البيوع، فأقرهم الإسلام على البيوع الصحيحة القائمة على التراضي، وأبطل منها ما يخالف قاعدة التراضي أو ما فيه غرر أو أكل مال الغير بالباطل. فمن هذه البيوع التي أبطلها الإسلام:

أ ـ بيع المنابذة والملامسة وبيع الحصاة: وهذه بياعات كان أهل الجاهلية يتعاملون بها، فكان أحدهم إذا لمس السلعة أو ألقى الثوب إلى صاحبه أو وضع عليه حصاة وجب البيع، فكان وقوع الملك متعلقاً بغير الإيجاب والقبول، أي بفعل آخر يفعله أحدهما فأبطله الإسلام، فقد جاء في الحديث الشريف أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحصاة وعن الملامسة والمنابذة في البيع[3]. وقال البعض في تفسير بيع الحصاة هو أن يقول بعتك من هذه الأثواب ما وقعت عليه هذه الحصاة

---

(١) إمتاع الأسماع للمقريزي ج١ ص ٥٢٢ ـ ٥٢٣.

(٢) الجصاص ج ١ ص ٥٢٨.

(٣) الجصاص ج١ ص ٥٣٠.

ويرميها، أو من هذه الأرض ما انتهت إليه في الرمي. وبيع الملامسة هو أن يقول الرجل للرجل أبيعك ثوبي بثوبك ولا ينظر أحد منهما إلى ثوب الآخر ولكن يلمسه لمساً. والمنابذة أن يقول أنبذ ما معي وتنبذ ما معك فيشتري كل واحد منهما من الآخر ولا يدري كم مع الآخر(١).

ب ـ بيع النجش: وكان مألوفاً عندهم، ومعناه، على ما فسره الشافعي، أن يحضر الرجل السلعة تباع فيعطي بها ثمناً وهو لا يريد شراءها ليقتدي به السوام فيدفعون بها أكثر مما كانوا يعطون لو لم يسمعوا سومه. ويقع النجش بموطأة البائع وقد يقع بغير علمه، فنهى النبي ﷺ عن ذلك، فقد جاء في الحديث: نهى النبي ﷺ عن النجش(٢).

ج ـ بيع المدين: أجاز العرف الجاهلي أن يبيع الدائن مدينه استيفاء للدين إذا لم يسدد المدين الدين في ميعاده، فجاء الإسلام وحرم هذه العادة لأن الدين يتعلق بذمة المدين ويستحق الدائن بهذا التعلق المطالبة ولا سلطان له على المدين بالبيع ونحوه(٣).

ثالثاً ـ القصاص والديات

٤٢ ـ كان القصاص من الجاني معروفاً عند العرب، ولكنهم ما كانوا يقفون عند حد القصاص من الجاني نفسه، بل يتجاوزون بذلك إلى جميع أفراد القبيلة، فكانت قبيلة الجاني، في نظرهم، مسؤولة عن جريمته. فجاء الإسلام وحدد المسؤولية وقصرها على الجاني نفسه، فعليه يجب القصاص دون غيره قال تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [الأنعام: ١٦٤]، وبهذا أقر الإسلام مبدأين، الأول القصاص، والثاني قصره على الجاني وحده، وبين الحكمة من تشريع القصاص، بأن فيه حقناً للدماء وردعاً للمجرمين ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾ [البقرة: ١٧٩]. وكان ولي المجني عليه (القتيل) هو صاحب الحق في

---

(١) نيل الأوطار ج٥ ص ١٤٧، ١٥٠.
(٢) نيل الأوطار ج٥ ص ١٦٦.
(٣) الأوضاع التشريعية ص ٦١.

المطالبة بالقصاص من الجاني، فأقر الإسلام هذا النظام العربي القديم وأبقاه إذ جعل الولاية في طلب القصاص لولي المقتول[١].

وكان نظام الديات معمولاً به عند العرب، ويعتبرونه من جميل أفعالهم فأقرهم الإسلام على هذا النظام وجعل الدية في القتل الخطأ على عاقلة الجاني أي على عصبته من رجال قبيلته. ويدفعونها في ثلاث سنوات واعتبر تحمل العصبة مبلغ الدية مع القاتل من قبيل المواساة والتعاون. وجعل الإسلام الدية في القتل العمد أيضاً إذا رضي بها أولياء المقتول ويتحملها في هذه الحالة الجاني وحده[٢].

رابعاً ـ في البينات

القسامة:

٤٣ ـ جاء في الحديث الشريف أن النبي ﷺ أقر القسامة على ما كانت عليه في الجاهلية، والقسامة مصدر أقسم والمراد بها الأيمان عند الفقهاء، وصورتها، على ما ذكره بعض الفقهاء، أن يوجد قتيل في قرية أو بمحلة ولا يعرف قاتله، وهناك شبهة تدعو إلى الظن أن قاتله من أهل تلك القرية أو المحلة، فيحق لأولياء المقتول تحليف خمسين رجلاً من أهل تلك المحلة خمسين يميناً ما قتلناه ولا علمنا قاتله، فإن حلفوا لزمتهم الدية وإن أبوا الحلف حبسوا حتى يحلفوا أو يقروا[٣].

اليمين في الدعاوي:

٤٤ ـ وكان من عوائد العرب قبل الإسلام، أن يقيم المدعي البينة على صحة دعواه فإن لم يتمكن فله أن يحلف المدعى عليه، وقد أقر الإسلام هذا المبدأ فقد جاء في الحديث: «البينة على من ادعى واليمين على من أنكر»[٤].



---

(١) الخضري ص ٩٧.
(٢) الجصاص ج٢ ص ٢٢٦ ـ ٢٢٧، الخضري ص ٩٨.
(٣) نيل الأوطار ج٧ ص ٣٦ ـ ٣٧.
(٤) الأوضاع التشريعية ص ٢٩.

الفصل الثاني

الشريعة الإسلامية تعريفها وبيان خصائصها

٤٥ ـ الشريعة في اللغة المذهب والطريقة المستقيمة، وشرعة الماء أي مورد الماء الذي يقصد للشرب، وشرع أي نهج وأوضح وبيّن المسالك، وشرع لهم يشرع شرعاً أي سن[1]. وفي الاصطلاح الشرعي: ما شرع الله لعباده من الدين، أي من الأحكام المختلفة[2]. وسميت هذه الأحكام شريعة لاستقامتها ولشبهها بمورد الماء لأن بها حياة النفوس والعقول كما أن في مورد الماء حياة الأبدان.

والشريعة والدين والملة بمعنى واحد، وهو ما شرعه الله لعباده من أحكام، ولكن هذه الأحكام تسمى شريعة باعتبار وضعها وبيانها واستقامتها، وتسمى ديناً باعتبار الخضوع لها وعبادة الله بها، وتسمى ملة باعتبار إملائها على الناس[3].

أما الإسلام فمعناه الانقياد والاستسلام لله تعالى، ثم خص استعماله بالدين الذي أرسل الله به نبيه محمداً ﷺ، وبهذا المعنى وردت كلمة الإسلام في قوله تعالى: ﴿ٱلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ ٱلْإِسْلَٰمَ دِينًا﴾ [المَائدة: ٣]. وقوله تعالى: ﴿وَمَن يَبْتَغِ غَيْرَ ٱلْإِسْلَٰمِ دِينًا فَلَن يُقْبَلَ مِنْهُ وَهُوَ فِي ٱلْآخِرَةِ مِنَ ٱلْخَٰسِرِينَ﴾ [آل عِمرَان: ٨٥].

وعلى هذا، فالشريعة الإسلامية في الاصطلاح الشرعي هي: الأحكام التي شرعها الله لعباده، سواء أكان تشريع هذه الأحكام بالقرآن أم بسنة النبي محمد ﷺ

---

(١) المختار من صحاح اللغة ص ٢٦٥، تفسير القرطبي ج١٦ ص ١٠.

(٢) تفسير القرطبي ج١٦ ص ١٦٣، شرح المنار في الأصول ص ١٢، تاريخ التشريع الإسلامي للأستاذ محمد سلام مدكور ص ١١ وهوامشها.

(٣) تفسير المنار للشيخ محمد رشيد رضا رحمه الله ج ٢ ص ٢٥٧، وشرح المنار ص ١٢.

من قول أو فعل أو تقرير[١]. فالشريعة الإسلامية، إذن، في الاصطلاح ليست إلا هذه الأحكام الموجودة في القرآن الكريم، وفي السنة النبوية والتي هي وحي من الله إلى نبيه محمد ﷺ ليبلغها إلى الناس.

خصائص الشريعة الإسلامية

٤٦ ـ للشريعة الإسلامية خصائص تميزها من غيرها، ونحن لا نريد أن نذكرها حصراً ثم نأتي عليها تفصيلاً، وإنما نريد أن نذكر أهمها مع بيان موجز لها. وأهم هذه الخصائص كونها من عند الله، وأن الجزاء فيها دنيوي وأخروي وأنها عامة في المكان والزمان، شاملة لجميع شؤون الحياة.

أولاً ـ الشريعة من عند الله:

٤٧ ـ مصدر الشريعة الإسلامية هو الله تعالى، فهي وحيه إلى رسوله محمد ﷺ باللفظ والمعنى وهو القرآن أو بالمعنى دون اللفظ وهو السنة، فهي بهذا الاعتبار تختلف اختلافاً جوهرياً عن جميع الشرائع الوضعية لأن مصدر هذه الشرائع البشر ومصدر الشريعة الإسلامية رب البشر. وقد ترتب على هذا الخلاف الجوهري جملة نتائج منها:

٤٨ ـ أولاً: أن مبادئ الشريعة وأحكامها خالية من معاني الجور والنقص والهوى لأن صانعها هو الله، والله له الكمال المطلق الذي هو من لوازم ذاته، بخلاف القوانين الوضعية التي لا تنفك عن هذه المعاني لأنها صادرة عن الإنسان، والإنسان لا يخلو من معاني الجهل والجور والنقص والهوى وما إلى ذلك. وحسبنا أن نذكر هنا مثالاً واحداً يدل على صدق ما نقول.

جاءت الشريعة بمبدأ المساواة بين الناس بغض النظر عن اختلافهم في اللون أو الجنس أو اللغة[٢] وجعلت أساس التفاضل بينهم العمل الصالح ومقدار ما يقدمه

---

(١) تفسير القرطبي ج١٦ ص ١٦٣، الفقه الإسلامي للدكتور محمد يوسف موسى ص ٧.

(٢) ومبدأ المساواة يطبق أيضاً على المختلفين في العقيدة مع مراعاة جانب العقيدة. فالدولة الإسلامية تلزم المسلم بأداء الزكاة ولا تلزم غير المسلم «الذمي» بأدائها، وتمنع المسلم من =

الفرد من خير، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ﴾ [الحُجرَات: ١٣]. وهذا المبدأ الأصيل جاءت به الشريعة في وقت كانت العصبية للجنس والقبيلة هي الأساس في المجتمع وفي تمايز الناس وتفاضلهم، وقد طبق هذا المبدأ العادل القويم واجتث جذور العصبية ولم يعد هناك امتياز للون أو الجنس «فلا فضل لعربي على أعجمي إلا بالتقوى» كما قال الرسول الكريم ﷺ[١]. وصار الجميع متساوين أمام القانون، حتى إن الرسول ﷺ قال لمن استشفع لامرأة من بني مخزوم سرقت: «وايم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها»[٢]. وقد بلغ تطبيق هذا المبدأ من الدقة إلى حد أن النبي ﷺ أنكر على من قال لمسلم غير عربي «يا ابن السوداء» واعتبر ذلك من بقايا الجاهلية وتفاخرها بالأنساب والأجناس.

وفي القرن العشرين لم تستطع كثير من الدول تحقيق هذا المبدأ العادل وتطبيقه بصورة سليمة ففي الولايات المتحدة الأمريكية لا تزال الفروق قائمة بين المواطنين

= أكل لحم الخنزير والتجارة به وتعتبر ذلك جريمة وهي تبيحه للذمي، وتقر الذمي على نكاحه وإن كان مخالفاً لما يشترطه القانون الإسلامي بينما تمنع ذلك بالنسبة للمسلم وكل ذلك مراعاة لجانب العقيدة وهذا هو التطبيق السليم الدقيق العادل لمبدأ المساواة. فليس من المساواة حمل الناس على خلاف عقائدهم ولهذا كانت القاعدة في التشريع بالنسبة للذميين: لهم ما لنا وعليهم ما علينا، وأنهم متساوون في الحقوق والواجبات مع المواطنين المسلمين إلا فيما يتصل بالعقيدة أو يقوم عليها كما في الأمثال التي ضربناها: انظر كتابنا أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام في باب حقوق الذميين.

(١) الحديث رواه البيهقي بهذا اللفظ «يا أيها الناس إن ربكم واحد وإن أباكم واحد ألا لا فضل لعربي على أعجمي ولا لأعجمي على عربي ولا لأحمر على أسود ولا لأسود على أحمر إلا بالتقوى».

(٢) هذا جزء من حديث ورد في امرأة مخزومية سرقت فجاء أسامة بن زيد يستشفع لها عند الرسول، فقال عليه الصلاة والسلام: «أتشفع في حد من حدود الله؟ ثم قال عليه السلام: إنما أهلك الذين من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد وايم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها»: تيسير الوصول إلى جامع الأصول من حديث الرسول ج٢ ص١٤.

على أساس اللون والجنس. فصاحب البشرة البيضاء أسمى منزلة وأعلى قدراً من صاحب البشرة السوداء ولا مساواة بين الاثنين أمام القانون ولا في التمتع بالحقوق وإن كان الاثنان يحملان الجنسية الأمريكية. والقانون يحمي هذا التمايز ويقره، بل إن بعض الولايات المتحدة تنص دساتيرها على أحكام غريبة لا يستسيغها الضمير الإنساني ولا يقرها عقل سليم، فمن ذلك النص على أن النكاح بين شخص أبيض وآخر زنجي يعتبر نكاحاً باطلاً. والنص على أن كل من يطبع أو ينشر أو يوزع ما فيه حث للجمهور على إقرار المساواة الاجتماعية والزواج بين البيض والسود أو تقديم حجج للجمهور أو مجرد اقتراح في هذا السبيل يعتبر عمله جريمة يعاقب عليها القانون بغرامة لا تتجاوز خمسمئة دولار أو بالسجن مدة لا تتجاوز ستة أشهر أو بالعقوبتين[١].

٤٩ ـ ثانياً لأحكام الشريعة هيبة واحترام في نفوس المؤمنين بها حكاماً كانوا أو محكومين لأنها صادرة من عند الله ومن ثم فلها صفة الدين. وما له هذه الصفة من حقه أن يحترم ويطاع طاعة اختيارية تنبعث من النفس وتقوم على الإيمان ولا يقسر عليها الإنسان قسراً. وفي هذا كله أعظم ضمان لحسن تطبيق القانون الإسلامي من الجميع وعدم الخروج عليه ولو مع القدرة على هذا الخروج. أما القوانين الوضعية فإنها لا تبلغ مبلغ الشريعة في هذه الناحية أبداً، إذ ليس لها مثل سلطانها على النفوس ولا مقدار احترام وهيبة الناس لها ومن ثم فإن النفوس تجرأ على مخالفة القانون الوضعي كلما استطاعت الإفلات من رقابة القانون وسلطة القضاء ورأت في هذه المخالفة إشباعاً لأهوائها وتحقيقاً لمصلحتها. ولا ريب أن قيمة القانون تقدر بصلاحه أولاً، وبمقدار احترام الناس له ومدى سلطانه على نفوسهم وطاعتهم لأحكامه ثانياً. ويكفينا هنا أن نضرب مثلاً واحداً لتوضيح هذا المعنى.

كان العرب في الجاهلية مولعين بشرب الخمر، معتادين عليها، لا يرون في ذلك بأساً ولا منقصة. فلما جاء الإسلام أبان لهم أن إثم الخمر أكبر من نفعها

---

(١) الأستاذ علي شحاتة، الرق بيننا وبين أمريكا ص ٤٩ طبعة ١٩٥٨.

المتمثل بالربح المادي المتأتي من المتاجرة بها، ثم أمرهم أن لا يقربوا الصلاة وهم سكارى ثم نزل حكم الله ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِنَّمَا ٱلۡخَمۡرُ وَٱلۡمَيۡسِرُ وَٱلۡأَنصَابُ وَٱلۡأَزۡلَٰمُ رِجۡسٞ مِّنۡ عَمَلِ ٱلشَّيۡطَٰنِ فَٱجۡتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمۡ تُفۡلِحُونَ﴾ [المَائدة: ٩٠].

فكان لكلمة ﴿فَٱجۡتَنِبُوهُ﴾ من الهيبة والاحترام والتأثير في النفوس أن انطلق أولئك المسلمون إلى زقاق خمورهم يشقونها بالمدى والسكاكين ويريقون ما فيها ويفتشوه في زوايا بيوتهم لعلّهم يجدون بقية من خمر فاتهم أن يريقوها. هذا هو القانون الإسلامي ومدى ما يتمتع به من احترام وسلطان.

وفي القرن العشرين أرادت الولايات المتحدة الأميركية أن تخلص شعبها من مضار الخمر وتجرب ما جاء به القانون الإسلامي فشرعت في سنة ١٩٣٠ قانون تحريم الخمر، والذي حرم على الناس بيع الخمور أو شراءها أو صنعها أو تصديرها أو استيرادها. وقد مهدت الحكومة لهذا القانون بدعاية واسعة عن طريق السينما والتمثيل والإذاعة ونشر الكتب والرسائل وكلها تبين مضار الخمر مدعومة بالإحصائيات الدقيقة والبحوث العلمية والطبية. وقد قدر ما أنفق على هذه الدعاية (٦٥) مليوناً من الدولارات، وسودت تسعة آلاف مليون صفحة في بيان مضار الخمر والزجر عنها، وأنفق ما قدر مجموعه أربعة ملايين ونصف من الجنيهات لأجل تنفيذ هذا القانون، ودلت الإحصائيات للفترة الواقعة بين تاريخ تشريعه وبين تشرين الأول ١٩٣٣ أنه قتل في سبيل تنفيذ هذا القانون مئتا نسمة وحبس نصف مليون نسمة وغرم المخالفون له غرامات تبلغ مليون ونصف المليون من الجنيهات وصودرت أموال بسبب مخالفته تقدر بأربعمئة مليون جنيه. وكان آخر المطاف أن اضطرت الحكومة الأمريكية إلى إلغاء قانون التحريم في أواخر سنة ١٩٣٣[١] ولم تنفعها تلك الأموال الطائلة والتضحيات الجسيمة لحمل الناس على ترك الخمر الثابت ضررها، لأن القانون لم يكن له سلطان على النفوس يحملها احترامه وطاعته. ولكن كلمة ﴿فَٱجۡتَنِبُوهُ﴾ [المَائدة: ٩٠] التي جاءت بها الشريعة الإسلامية

---

(١) التشريع الرباني والقانون الوضعي، للأستاذ أبي الأعلى المودودي، من مقال له منشور في مجلة (المسلمون) المجلد الخامس ص ٧٥٧ وما بعدها.

في جزيرة العرب وبين أناس اعتادوا شربها دون أن يسبق ذلك دعاية واسعة أو نشر كتب ورسائل ألجمت الأفواه عن تذوق الخمر ودفعت أولئك الناس إلى إراقة خمورهم بأيديهم لا بيد شرطي أو جندي أو رقيب. فهل بعد هذا من حاجة إلى دليل على صحة ما قلناه؟

ثانياً ـ الجزاء في الشريعة دنيوي وأخروي:

٥٠ ـ من خصائص القانون اقترانه بجزاء توقعه الدولة عند الاقتضاء على من يخرج على أحكامه[١]. وهذا الجزاء قد يكون جنائياً يتمثل بأذى يصيب جسم الإنسان أو يقيد حريته أو يصيب ماله بنقص «الغرامة» وقد يكون الجزاء مدنياً عن طريق جبر المدين على تنفيذ التزامه عيناً أو بمقابل «التعويض المالي» أو يكون ببطلان الاتفاق المخالف للقانون وعدم ترتب شيء من آثاره. إلاّ أن الجزاء بنوعيه جزاء دنيوي ينال الإنسان في حياته لا في آخرته، لأن الدولة لا تملك من أمر الآخرة شيئاً وبالتالي لا تضع من الجزاءات إلا ما ينفذ في الدنيا.

٥١ ـ والشريعة الإسلامية تتفق مع القوانين الوضعية في أن قواعدها وأحكامها تقترن بجزاء يوقع على المخالف، ولكنها تختلف معها في أن الجزاء فيها أخروي ودنيوي، بل إن الأصل في أجزيتها هو الجزاء الأخروي، ولكن مقتضيات الحياة وضرورة استقرار المجتمع وتنظيم علاقات الأفراد على نحو واضح بين مؤثر وضمان حقوقهم كل ذلك دعا إلى أن يكون مع الجزاء الأخروي جزاء دنيوي. وهذا الجزاء الدنيوي منه ما يكون جنائياً ومنه ما يكون مدنياً كما هو الحال في القوانين الوضعية، وإن كان نطاقه أوسع من نطاق الجزاء في القانون الوضعي نظراً لشمول القانون الإسلامي لجميع شؤون الأفراد ومنها الدينية والأخلاقية خلافاً للقانون الوضعي.

٥٢ ـ والجزاء الأخروي يترتب على كل مخالفة لأحكام الشريعة، سواء أكانت من أعمال القلوب أو من أعمال الجوارح، وسواء أكانت من مسائل المعاملات

---

(١) أصول القانون للسنهوري ص ١٣.

المالية أو من مسائل الجنايات وسواء عوقب عليها الإنسان في الدنيا أو لم يعاقب ما لم تقترن مخالفته بتوبة نصوح وتحلل من حق الغير، وهذا ما تشير إليه النصوص الكثيرة منها أن الله تعالى بعد أن بين أحكام المواريث ونصيب كل وارث قال: ﴿تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَن يُطِعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ يُدْخِلْهُ جَنَّٰتٍ تَجْرِي مِن تَحْتِهَا الْأَنْهَٰرُ خَٰلِدِينَ فِيهَا وَذَٰلِكَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ ﴿١٣﴾ وَمَن يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَارًا خَٰلِدًا فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُّهِينٌ﴾ [النساء: ١٣ ـ ١٤].

وفي جريمة قطع الطريق، يقول الله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُا الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوٓا أَوْ يُصَلَّبُوٓا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم مِّنْ خِلَٰفٍ أَوْ يُنفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَٰلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ [المَائدة: ٣٣]. وفي الأخلاق يقول الله تعالى: ﴿وَيْلٌ لِّكُلِّ هُمَزَةٍ لُّمَزَةٍ﴾ [الهُمَزة: ١] .

وفي أكل مال الغير بالباطل يقول الله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَٰلَ الْيَتَٰمَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا﴾ [النِّساء: ١٠] . وقد ترتب على هذا أن المسلم يخضع لأحكام الشريعة خضوعاً اختيارياً في السر والعلن خوفاً من عقاب الله، وحتى لو استطاع أن يفلت من عقاب الدنيا، وإذا ما اقترف جريمة في غفلة من إيمانه طلب إقامة العقوبة عليه بمحض اختياره فهذا ماعز اعترف أمام رسول الله ﷺ بجريمة الزنى وطلب إقامة الحد عليه. وهكذا تنزجر النفوس عن مخالفة القانون الإسلامي إما بدافع الاحترام له واستشعار الحياء من الله وإما بدافع الخوف من العقاب الآجل الذي ينتظر المخالفين ﴿يَوْمَ تَجِدُ كُلُّ نَفْسٍ مَّا عَمِلَتْ مِنْ خَيْرٍ مُّحْضَرًا وَمَا عَمِلَتْ مِن سُوٓءٍ تَوَدُّ لَوْ أَنَّ بَيْنَهَا وَبَيْنَهُۥٓ أَمَدًۢا بَعِيدًا﴾ [آل عِمـرَان: ٣٠] ﴿فَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ ﴿٧﴾ وَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ﴾ [الزلزلة: ٧ ـ ٨] وفي هذا وذاك أعظم ضمان لزجر النفوس عن المخالفة وكفها عن العصيان.

ثالثاً ـ عموم الشريعة وبقاؤها:

٥٣ ـ الشريعة الإسلامية عامة لجميع البشر في كل مكان وزمان، قال تعالى:

﴿قُلْ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ إِنِّي رَسُولُ ٱللَّهِ إِلَيْكُمْ جَمِيعًا﴾ [الأعـراف: ١٥٨] ﴿وَمَآ أَرْسَلْنَٰكَ إِلَّا كَآفَّةً لِّلنَّاسِ بَشِيرًا وَنَذِيرًا﴾ [سَبَإ: ٢٨] وهي باقية لا يلحقها نسخ ولا تغيير لأن الناسخ يجب أن يكون بقوة المنسوخ أو أقوى منه فلا ينسخ الشريعة وهي تشريع من الله إلا تشريع آخر من الله، وحيث أن الشريعة الإسلامية خاتمة الشرائع ومحمد ﷺ خاتم النبيين، قال تعالى: ﴿مَّا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَآ أَحَدٍ مِّن رِّجَالِكُمْ وَلَٰكِن رَّسُولَ ٱللَّهِ وَخَاتَمَ ٱلنَّبِيِّـۧنَ﴾ [الأحزَاب: ٤٠] فلا يتصور أن ينسخها أو يغيرها شيء.

٥٤ ـ وعموم الشريعة وبقاؤها وعدم قابليتها للنسخ والتبديل كل ذلك يستلزم عقلاً أن تكون قواعدها وأحكامها على نحو يحقق مصالح الناس في كل عصر ومكان، ويفي بحاجاتهم ولا يضيق بها ولا يتخلف عن أي مستوى عال يبلغه المجتمع وهذا كله متوفر في الشريعة الإسلامية لأن الله تعالى وهو العليم إذ جعلها عامة في المكان والزمان وخاتمة لجميع الشرائع، جعل قواعدها وأحكامها على نحو يجعلها صالحة لكل زمان ومكان، وهذا ما يدل عليه واقع الشريعة ومصادرها وطبيعة مبادئها وأحكامها وما ابتنت عليه هذه الأحكام، ولابد هنا من بيان موجز كل الإيجاز لتجلية هذا المعنى وإثبات صحة ما نقول بالأدلة والبراهين.

٥٥ ـ أ ـ البرهان الأول ـ ابتناء الشريعة على جلب المصالح ودرء المفاسد:

الشريعة ما وضعت إلا لتحقيق مصالح العباد في العاجل والآجل ودرء المفاسد عنهم[1] حتى أن بعض الفقهاء قال وقوله حق: «إن الشريعة كلها مصالح، إما درء مفاسد أو جلب مصالح»[2].

وهذه الحقيقة أو هذا الوصف، أمر ثابت للشريعة يدل عليه استقراء نصوصها وما ابتنت عليه أحكامها ونذكر منها بعض ذلك فيما يلي:

(أولاً) قال تعالى في تعليل رسالة محمد ﷺ: ﴿وَمَآ أَرْسَلْنَٰكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَٰلَمِينَ﴾ [الأنبيَاء: ١٠٧] والرحمة تتضمن رعاية مصالح العباد ودرء المفاسد عنهم.

---

(١) الموافقات للشاطبي ج٢، ص ٦، ٣٧.

(٢) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ج١/ ص ٩.

(ثانياً) تعليل الأحكام بجلب المصلحة ودرء المفسدة لإعلام المكلفين أن تحقيق المصالح هو مقصود الشارع وأن الأحكام ما شرعت إلا لهذا الغرض. فمن ذلك قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ﴾ [البَقَرَة: ١٧٩] وقوله: ﴿إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَن يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَن ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنتُم مُّنتَهُونَ﴾ [المائدة: ٩١] وقوله تعالى: ﴿وَأَعِدُّوا لَهُم مَّا اسْتَطَعْتُم مِّن قُوَّةٍ وَمِن رِّبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ﴾ [الأنفال: ٦٠] وإرهاب العدو مصلحة لأنه ينكف عن عدوانه على المسلمين إذا رأى قوتهم. ومثل قوله تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذًى فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ﴾ [البقرة: ٢٢٢].

وقوله عليه السلام: «يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج»[1].

(ثالثاً) تشريع الرخص عند وجود مشقة في تطبيق الأحكام من ذلك إباحة النطق بكلمة الكفر عند الإكراه عليها حفظاً لمصلحة بقاء النفس، وإباحة المحرم عند الضرورة كأكل الميتة ولحم الخنزير وشرب الخمر، وإباحة الفطر في رمضان للمسافر والمريض ونحو ذلك. ولا شك أن دفع المشقة ضرب من ضروب رعاية المصلحة ودرء المفسدة وكذا التدرج في التشريع ونسخ الأحكام كل ذلك مبناه ملاحظة المصلحة كما سيأتي بيانه فيما بعد.

(رابعاً) وجد بالاستقراء أن مصالح العباد تتعلق بأمور ضرورية أو حاجية أو تحسينية، فالأولى هي التي لا قيام لحياة الناس بدونها وإذا فاتت حل الفساد وعمت الفوضى، واختل نظام الحياة، وهذه الضروريات هي: حفظ الدين والنفس والعقل والعرض والمال. وبعضهم يجعل مع العرض النسل. والحاجيات هي التي يحتاج إليها الناس ليعيشوا بيسر وسعة وإذا فاتتهم لم يختل نظام الحياة ولكن يصيب الناس ضيق وحرج.

---

(١) الباءة: مؤونة الزواج وما يقتدر به عليه.

وأما التحسينيات فهي التي ترجع إلى محاسن العادات ومكارم الأخلاق وإذا فاتت فلا يختل نظام الحياة ولا يصيب الناس حرج ولكن تخرج حياتهم عن النهج الأقوم وما تستدعيه الفطر السليمة والعادات الكريمة.

والشريعة جاءت أحكامها لتحقيق وحفظ الضروريات والحاجيات والتحسينيات وبهذا حفظت مصالحهم

فالدين شرع لإقامته العبادات، وشرع لحفظه الجهاد وعقوبة المرتد والحجر على المفتي الماجن، وزجر من يفسد على الناس عقيدتهم.

والنفس شرع لإيجادها النكاح وشرع لحفظها القصاص على من يعتدي عليها وتحريم إلقاء النفس في التهلكة، ولزوم دفع الضرر عنها.

والعقل شرع لحفظه تحريم الخمر وعقوبة شاربها. والنسل شرع لإيجاده الزواج وشرع لحفظه عقوبة الزنى والقذف وحرمة إجهاض المرأة الحامل إلا لضرورة. وفي عقوبة الزنى والقذف حفظ الأعراض أيضاً. والمال شرع لتحصيله أنواع المعاملات من بيع وشراء وشركة ونحو ذلك. وشرع لحفظه حرمة أكل مال الناس بالباطل. أو إتلافه والحجر على السفيه وتحريم الربا، وعقوبة السرقة. والحاجيات شرعت لها الرخص عند المشقة، كالفطر للمريض، وفي المعاملات شرع السلم (وهو بيع معدوم) وكذا الاستصناع دفعاً للضيق والحرج عن الناس، وإن لم تجر هذه العقود على القواعد العامة. وشرع الطلاق للخلاص من حياة زوجية لم تعد تطاق أو لوجود ما يدعو للفرقة. وفي العقوبات شرعت الدية (الضمان المالي) في القتل الخطأ على أقارب القاتل الذكور من جهة الأب (عاقلته) تخفيفاً على المخطئ.

وفي التحسينيات شرعت الطهارة للبدن والثوب، وستر العورة وأخذ الزينة عند كل مسجد والنهي عن بيع الإنسان على بيع أخيه، والنهي عن قتل الأطفال والنساء في الحروب ونحو ذلك.

فاستقراء نصوص الشريعة يدل على أن الشارع ما قصد بتشريعه الأحكام للناس إلا الحفظ لهذه الضروريات والحاجيات والتحسينيات، وهذه هي مصالحهم. وإذا تعارضت المفاسد والمصالح رجح أعظمها فإن كان الأعظمُ مفسدة شرع الحكم

لدفعها وإن كان الأعظم مصلحة شرع الحكم لجلبها، فقتل القاتل مفسدة لأن فيه تفويت حياته ولكنها جازت لأن فيها تحقيق مصلحة أعظم وهي حفظ حياة الناس على العموم. وكشف العورة مفسدة ولكن إذا احتاج الإنسان إلى إجراء عملية جراحية جاز ذلك لأن مصلحة حفظ النفس أعظم من مفسدة كشف العورة، وترك المحتكر دون اعتراض عليه مصلحة له لأن في ذلك تحصيل الربح له ولكن فيه مفسدة أعظم وهي الإضرار بالناس فشرع المنع من الاحتكار. والدفاع عن البلاد يعرض النفوس إلى القتل وهذه مفسدة ولكن ترك الأعداء يدخلون البلاد ويستعمرونها مفسدة أعظم فكان في دفعها مصلحة أعظم من مفسدة تعرض المدافعين للقتل فشرع الجهاد لهذه المصلحة العظمى، أو لدرء تلك المفسدة الكبرى. وهكذا تجري أحكام الشريعة على نمط واحد وعلى أساس واحد هو جلب المصالح ودرء المفاسد.

وعلى هذا فكل مصلحة مشروعة تطرأ أو مفسدة تظهر فإن الشريعة تبيح إيجاد الحكم لتحقق تلك المصلحة ودرء هذه المفسدة، لأن الشريعة كما يقول الإمام ابن القيم: «مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها ورحمة ومصالح كلها وحكمة كلها، فكل مسألة خرجت من العدل إلى الجور وعن الرحمة إلى ضدها وعن المصلحة إلى المفسدة وعن الحكمة إلى العبث فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها التأويل، فالشريعة عدل الله بين عباده ورحمته بين خلقه»[١]. فالشريعة الإسلامية لا يمكن أبداً أن تضيق بحاجات الناس وتحقيق مصالحهم لأنها جاءت بتحصيل المصالح وتكميلها وتعطيل المفاسد وتقليلها[٢] ومن ثم فهي صالحة لكل زمان ومكان.

البرهان الثاني: مبادئ الشريعة وطبيعة أحكامها:

أحكام الشريعة نوعان، الأول جاء على شكل أحكام تفصيلية، والثاني على

(١) إعلام الموقعين لابن القيم ج٣ ص ١.

(٢) منهاج السنة النبوية للإمام ابن تيمية ج١ ص ١٤٧، وج٢ ص ٢٤٠، وج٣ ص ١٥٨.

شكل قواعد ومبادئ عامة وكلا النوعين جاء على نحو يوافق كل مكان وزمان ويتفق مع عموم الشريعة وبقائها، وهاك البيان بإيجاز.

النوع الأول: الأحكام التفصيلية، وهذه إما أن تتعلق بالعقيدة أو بالعبادات أو بالأخلاق أو ببعض المسائل الخاصة بعلاقات الأفراد فيما بينهم.

٥٦ ـ فأحكام العقيدة كالإيمان بالله واليوم الآخر ونحو ذلك، لا يتصور مجيء عصور يستغني فيه البشر عنها، لأنها ـ أي هذه الأحكام ـ تبين حقائق ثابتة، وشأن هذا النوع من الحقائق الثبات والبقاء. ومسائل العبادة تنظم علاقة الفرد بربه على شكل معين، وهذا التنظيم يحتاجه الإنسان في كل زمان، لأن هذه العبادة من لوازم مخلوقيته لخالق عظيم أراد أن يكون اتصال مخلوقه به على هذا النحو فضلاً عن أن لأشكال هذه العبادة فائدة دنيوية تظهر في صلاح النفس وما ينتج عن ذلك من صلاح المجتمع، وحسبنا أن نذكر مثلاً عن ذلك الصلاة، فقد قال الله عنها: ﴿إِنَّ ٱلصَّلَوٰةَ تَنْهَىٰ عَنِ ٱلْفَحْشَآءِ وَٱلْمُنكَرِ﴾ [العَنكبوت: ٤٥] وانزجار الإنسان عن الفحشاء والمنكر مصلحة ظاهرة للجماعة. والزكاة وهي عبادة تنظم علاقة الفرد بربه من جهة المال، وفيها مصلحة واضحة للجماعة وكذا الحج إذ فيه اجتماع عام وتعارف وتدارس للأحوال، وهكذا بقية العبادات.

٥٧ ـ والأخلاق عنصر أصيل في تقويم شؤون الحياة وصلاح المجتمع ولا يغني عنها أي تقدم في مجال الثقافة والعلوم وآية ذلك ما نجده في العالم في الوقت الحاضر فإن الأزمة التي يمر بها أزمة أخلاقية في أساسها وجوهرها وليس هنا محل تفصيل ذلك. وعليه فالشريعة في تأكيدها على جانب الأخلاق وفي تشريعها للأحكام الخلقية إنما هدفت إلى إرساء قواعد المجتمع على أسس قويمة وأقامت صرح الإصلاح ابتداء من النفس والأخلاق بعد هذا كله معان ثابتة يحتاجها الإنسان السوي ولا يتصور أن يجيء يوم يقال فيه أن الصدق والعدل والوفاء بالعهد وترك الظلم معان فاسدة لا تليق بإنسان متمدن، اللهم إذا ارتد البشر إلى حياة الغاب وانتكاس الفطرة.

٥٨ ـ أما الأحكام التفصيلية الأخرى المتعلقة ببعض علاقات الأفراد فيما بينهم

فهي أيضاً غير قابلة للتبديل لأن تفصيلها بني على أساس أن الحاجة إليها تبقى قائمة في كل زمان ولكل جماعة وأن غيرها لا يسد مسدها ولا يحقق المصلحة للناس. فمن هذه الأحكام تنظيم الأسرة وكيفية الزواج وحق الحضانة والولاية ونحو ذلك من شؤون الأسرة، فالنكاح جاء تنظيمه غاية في البساطة وخالياً من الشكلية والطقوس ومن ثم فهو صالح لكل زمان ومكان، فيكفي فيه إيجاب من الرجل أو المرأة وقبول من الآخر مع شهود على هذا الاتفاق تمييزاً له عن السفاح وإظهاراً لشرف هذا العقد، فلا يشترط لصحة النكاح أن يكون على يد شخص معين أو في مكان معين أو بكيفية خاصة أو بلغة معينة أو بتراتيل معينة وما إلى ذلك، فهذه الكيفية البسيطة، لعقد النكاح لا يتصور العقل خيراً منها وأصلح منها.

وتشريع الفرقة بين الزوجين هو الشيء الطبيعي المعقول إذ لا يصح إجبار شخصين على إبقاء الرابطة الزوجية بالرغم من قيام ما يدعو إلى انفصالهما من قيام نفرة أو كراهية أو ظلم ونحو ذلك، وإنما المعقول أن تباح الفرقة بينهما ليذهب كل إلى حال سبيله ويجرب حظه في شركة أخرى ورابطة جديدة. ولهذا أباحت معظم الدول الغربية الفرقة بين الزوجين بعد أن كان محرماً عندها. ولا يقال لم أعطي حق الطلاق للرجل وحرمت منه المرأة، لأنَّا نقول: للمرأة أن تشترط لنفسها حق الطلاق في عقد الزواج، كما لها أن تطلب التفريق قضاء إذا مسها من الزوج ضرر.

وتنظيم الميراث وتحديد أنصبة الورثة جاء على شكل ممتاز لوحظ فيه مختلف الاعتبارات كقرب الوارث وحاجته، وتفتيت الثروة، وهذا التنظيم للميراث وما بني عليه من أسس واعتبارات صالح لكل زمان ومكان، وليس هنا تفصيل ذلك.

وتحريم الربا، وهو حكم يخص المعاملات المالية، حكم تفصيلي غير قابل للتبديل، لأن مفاسد الربا ذاتية لا تنفك عنه أبداً، وهو من مظاهر انحلال المجتمع وفساده واستساغته للظلم وفقدان التعاون الاجتماعي فيما بين أفراده. وعلاج مثل هذا المجتمع الفاسد يكون بإصلاحه جذرياً لا بترك فساده واعوجاجه وتشريع الأحكام الملائمة لفساده واعوجاجه.

والعقوبات في الشريعة جاءت مفصلة لعدد محدود من الجرائم وهي عقوبة الردة

والزنى والقذف والسرقة وقطع الطريق وشرب الخمر والقصاص وهذه تسمى بجرائم الحدود والقصاص. أما عقوبات الجرائم الأخرى فقد ترك تقديرها لأولي الأمر وهذه تسمى بالعقوبات التعزيرية ويلاحظ في تقريرها مدى جسامة الجريمة وظروفها وحال الجاني ومدى ضرر المجتمع منها، كل ذلك في ظل قوله تعالى: ﴿وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٖ سَيِّئَةٞ مِّثۡلُهَاۖ﴾ [الشورى: ٤٠].

والعقوبات المقدرة كلها خير وصلاح وعدل ولا يستغني عنها أي مجتمع فاضل لأنها بنيت على أساس العدالة وزجر المجرم وحفظ مصلحة الجماعة.

فعقوبة الردة بنيت على أساسين، الأول إخلال المسلم بالتزامه بأحكام الإسلام والثاني درء المفسدة عن المجتمع. وبيان ذلك أن الفرد بإسلامه يكون قد التزم أحكام الإسلام وأصوله وعدم الخروج عليها أو هدمها فإن فعل ذلك كان مخلًّا بالتزامه فيناله جزاء هذا الإخلال. كما أن في الردة وإعلانها مفسدة للجماعة تظهر في تشكيك الناس في عقائدهم وإحداث الاضطراب فيما بينهم وزعزعة لكيان الدولة التي اتخذت الإسلام أساساً لقيامها وبقائها وأهدافها. فكان لا بد من عقوبة زاجرة لمنع هذه المفسدة عن مجتمع يدين بالإسلام وعن دولة جعلت أساس حياتها الإسلام.

وعقوبة الزنى بنيت على أساس إفسادها للأخلاق، وإضرارها البليغ بالفرد والأسرة والمجتمع، كشيوع الأمراض واختلاط الأنساب وخراب البيوت والعزوف عن الزواج وما إلى ذلك، والشريعة من أصولها العناية بالأخلاق ودفع الأضرار عن الناس، ولا شك أن المجتمع الفاضل الذي يحرص على الفضيلة ويعنى بالأخلاق يرحب بهذه العقوبة ولا يضيق بها ذرعاً ولا يجد فيها إلا المصلحة والخير وزجر المفسدين الذين يريدون العبث بأعراض الغير وإشاعة الفساد في المجتمع.

وعقوبة السرقة، وهي قطع اليد، قد يقال: إن فيها القسوة ولم تعد ملائمة لعصرنا، وهذا قول ضعيف لم يقم على النظر العميق والإحاطة بجوانب المسألة. فمن المعلوم أن الشريعة الإسلامية أوجبت ضماناً اجتماعياً لكل فرد، يبدأ من

الأسرة وينتهي بالدولة، فالفرد العاجز المحتاج يجد ما يسد حاجته بما أوجبته الشريعة من تضامن إلزامي بين أفراد الأسرة يتمثل بإنجاب النفقة للعاجز المحتاج على الغني، فإن لم يف ذلك أو لم يوجد فللفقير حق مالي في أموال الأغنياء تستوفيه الدولة وتسلمه إليه، فإن لم يف ذلك أو لم يوجد، فالدولة الإسلامية مسؤولة عن إيجاد العمل للقادر عليه فإن لم يوجد العمل أو وجد وكان المحتاج عاجزاً فالدولة ملزمة بكفالة المحتاج، لا فرق بين مسلم وغير مسلم ما دام يحمل الجنسية الإسلامية[١]. ففي مثل هذا المجتمع القائم على هذا التنظيم، إذا وجد فيه سارق يمد يده إلى مال الغير بغير حق، أو يتسلق الجدار في جنح الظلام ويروع الآمنين ويسطو على أموالهم، ثم جاءت الشريعة بإيجاب عقاب هذا السارق بقطع يده، لا يمكن أن يقول منصف أنه عقاب قاس. هذه واحدة. والثانية: أن الغرض من العقوبة الإصلاح والزجر وحفظ استقرار المجتمع وبعث الطمأنينة في النفوس، ولا شك أن جعل عقوبة السرقة قطع اليد يحقق هذه المعاني على وجه أكمل وأتم من عقوبة السجن، والواقع يؤيدنا، فما ردعت السجون النفوس عن السرقة ولكن عقوبة قطع اليد ردعت المجرمين في الماضي وهي قادرة على ردعهم في الوقت الحاضر، وكون الشيء قديماً لا يدل على فساده فما كل قديم بفاسد ولا كل جديد بصالح فإن صلاح الشيء يستفاد من ذاته ومدى نفعه لا من جدته وقدمه.

والقصاص في الشريعة الإسلامية جعل حقاً للمجني عليه أو لأوليائه (في جريمة القتل) فلهم أن يطلبوا القصاص من القاتل كما لهم أن يطلبوا الدية (التعويض المالي) كما لهم أن يعفوا. وهذا هو التنظيم الكامل الذي لم يغفل جانب الطبيعة

---

(١) وهكذا فعل سيدنا عمر بن الخطاب إذ كفل العاجزين المحتاجين من أهل الذمة. انظر الخراج لأبي يوسف ص ١٤٤. وفي كتاب الأموال لأبي عبيد ص ٤٥ ـ ٤٦، أن عمر بن عبد العزيز كتب إلى علي بن أرطاة بالبصرة: أما بعد...وانظر من قبلك من أهل الذمة من كبرت سنه وضعفت قوته وولت عنه المكاسب فأجر عليه من بيت مال المسلمين ما يصلحه، فقد بلغني أن عمر بن الخطاب مر بشيخ من أهل الذمة يسأل على أبواب الناس، فقال: ما أنصفناك إن كنا أخذنا منك الجزية في شبيبتك ثم ضيعناك في كبرك، ثم أجرى عليه من بيت المال ما يصلحه. وانظر مؤلفنا أحكام الذميين والمستأمنين.

البشرية وما جبلت عليه من حب أخذ الثأر من الجاني وإنزال القصاص العادل به، كما لم يغفل جانب المجتمع ومصلحته. فالقصاص يردع الجاني عن الجريمة، وفي هذا الردع حياة له ولغيره ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ يَـٰٓأُولِي الْأَلْبَـٰبِ﴾ [البقرة: ١٧٩] ويستل النقمة من النفوس. ومع هذا كله فإن الجاني الذي لم يقتص منه لعفو أولياء القتيل عنه أو لأخذهم الدية منه لا يعني أنه نجا من كل عقاب، فللدولة أن توقع عليه عقوبة تعزيرية لما في جنايته من اعتداء على المجتمع «الحق العام»[1].

وعقوبة القذف: تترتب على من يرمي غيره، امرأة أو رجلاً بالزنى، والحكمة من ورائها وقاية أعراض الناس من مقالة السوء وما ينتج عن ذلك من عداء وخصام وخراب البيوت، فهذه العقوبة تجد سندها في رعاية الأخلاق ومصلحة الجماعة.

وجريمة قطع الطريق كجريمة السرقة من حيث أنها اعتداء على أموال الناس، وتمتاز عليها الوقاحة والمجاهرة بالعدوان والخروج على سلطان الدولة وإخافة الطريق ومنع المرور وما إلى ذلك، ومن ثم كانت عقوبتها أشد من عقوبة السرقة العادية.

وعقوبة شرب الخمر، نظر فيها إلى أن الخمر تفسد العقل وتفقد التمييز وتؤدي إلى الإجرام ولمنع هذا كله شرعت هذه العقوبة.

فجميع العقوبات التفصيلية قامت على معان وأوصاف ثابتة لا تتغير فهي تحقق المصلحة في كل زمان ومكان.

٥٩ ـ النوع الثاني من الأحكام:

وهذا النوع من الأحكام، جاء على شكل قواعد ومبادئ عامة لا يمكن أن تضيق بحاجات الناس كما لا يمكن أن تتخلف عن أي مستوى عال تبلغه الجماعة. ويكفينا أن نذكر هنا بعض الأمثلة تأييداً لما نقول:

أولاً ـ جاءت الشريعة الإسلامية بمبدأ الشورى في الحكم، قال تعالى: ﴿وَأَمْرُهُمْ

---

(١) ولهذا قال المالكية إذا عفي عن القاتل العمد على الدية أي على إعطائها فإنها تجب عليه، ويضربه الإمام مئة ويحبس سنة، تبصرة الحكام لابن فرحون ج٢ ص ٢٥٩.

شُورَىٰ بَيْنَهُمْ﴾ [الشورى: ٣٨] وقوله تعالى: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي ٱلْأَمْرِ﴾ [آل عِمرَان: ١٥٩] ومبدأ الشورى أسمى نظام للحكم يمكن أن يصل إليه النوع البشري ولا يمكن أن يتخلف عن أي مستوى عال تبلغه الجماعة في نظام الحكم. وقد جاء هذا المبدأ القويم على نحو من العموم والمرونة بحيث يتسع لكل تنظيم قانوني يوضع لتحقيق هذا المبدأ.

ثانياً ـ مبدأ المساواة: وقد ذكرناه سابقاً، وهو مبدأ عظيم، ومن مظاهره المساواة أمام القانون، مساواة تشمل الجميع من رئيس الدولة حتى أبسط مواطن في الدولة الإسلامية، فلا امتيازات لأحد فالكل سواء أمام القانون، ومن ثم فهذا المبدأ صالح لكل زمان ومكان ولا يتخلف عن أي مستوى عال تبلغه جماعة ما.

ثالثاً ـ مبدأ العدالة: الشريعة تأمر بتحقيق العدالة في الأرض، والحكم بالعدل حتى مع الأقربين والأبعدين والأصدقاء والأعداء ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَـٰنَـٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُوا۟ بِٱلْعَدْلِ﴾ [النساء: ٥٨]. ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ كُونُوا۟ قَوَّٰمِينَ لِلَّهِ شُهَدَآءَ بِٱلْقِسْطِ ۖ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَـَٔانُ قَوْمٍ عَلَىٰٓ أَلَّا تَعْدِلُوا۟ ۚ ٱعْدِلُوا۟ هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٨]. ولا شك أن هذا المبدأ يضمن مصالح الناس في كل زمان ومكان ويتسع لكل تنظيم يحقق العدالة، فمثلاً إذا رؤي أن تحقيق العدالة يستلزم جعل المحاكم على درجتين أو أن المحكمة تؤلف من أكثر من قاض واحد، أو تعيين هيئة تدقيق لأحكام المحاكم، فهذا ونحوه يجوز لأنه من مستلزمات تحقيق العدالة والحكم بالعدل حسب ظروف معينة ومكان معين، والشريعة الإسلامية لا تضيق بأي أسلوب حق يحقق أغراضها ويؤدي إلى حسن تطبيق مبادئها، وفي هذا يقول الإمام ابن القيم: «فإذا ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأي طريق كان فثم شرع الله ودينه..»[1].

رابعاً ـ قاعدة (لا ضرر ولا ضرار) وهي حديث نبوي، ومعناها أن الضرر مرفوع بحكم الشريعة أي لا يجوز لأحد إيقاع الضرر بنفسه أو بغيره، كما أن مقابلة الضرر

---

(١) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم ص ١٤.

لا يجوز لأنه عبث وإفساد لا معنى له فمن يحرق مال الغير لا يجوز للغير إحراق ماله لأن في هذه المقابلة إكثاراً للأضرار والمفاسد، وإنما يرفع هذا الضرر بإيجاب الضمان المالي على المعتدي.

ولا شك أن هذه القاعدة العظيمة تبتني عليها فروع كثيرة، وقد جاءت أحكام في الشريعة الإسلامية لتحقيق مدلول هذه القاعدة، من ذلك تقرير حق الشفعة لدفع الضرر عن الشريك والجار، وتقييد استعمال الحق على وجه لا يلحق ضرراً بالآخرين كما في منع الإنسان من إقامة مدبغة ونحوها في داره إذ كان في ذلك إيذاء للجيران، وإجبار صاحب الأرض بإمرار الماء من أرضه لسقاية أرض جاره إذا كان بحاجة إلى ذلك ولم يكن في إمرار الماء مضرة عليه، وهذا ما ذهب إليه عمر بن الخطاب وغيره من الصحابة وهو أحد القولين عن الإمام أحمد ابن حنبل[(١)]. وما ذهب إليه عمر بن الخطاب ما هو إلّا تطبيق لنظرية حديثة عرفت بنظرية التعسف في استعمال الحق، ومن تطبيقاتها أيضاً في الفقه الإسلامي إلزام أصحاب السلع على بيع سلعهم بقيمة المثل إذا امتنعوا عن البيع إلا بأكثر من هذه القيمة وكان في الناس حاجة إلى ما عندهم من بضائع ومواد[(٢)]. فاستعمال الحق في الشريعة الإسلامية مقيد بعدم الإضرار بالغير، فلا وجود للحقوق المطلقة في الشريعة الإسلامية فهي مقيدة دائماً بحدود الله التي تحقق مصلحة الجماعة وتمنع الضرر عنها.

---

(١) الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية ص ٢٤٠.
قال محمد بن الحسن: حدثني مالك عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه أن الضحاك بن خليفة كان له خليج في العريض (وادي في المدينة) فأراد أن يمر في أرض محمد بن مسلمة فأبى محمد فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب فدعا عمر بن الخطاب محمد بن مسلمة الأنصاري فأمره أن يخلي سبيله فقال محمد: لا والله. فقال عمر: لم تمنع أخاك ما ينفعه وهو لك نافع تسقي به أولاً وآخراً وهو لا يضرك؟ فقال محمد: لا والله. فقال عمر: والله ليمرن به ولو على بطنك، فأمر أن يمر به ففعل الضحاك بن خليفة الأنصاري الأشهلي: موطأ الإمام مالك برواية محمد بن الحسن ج٤ ص ٣٤.

(٢) الطرق الحكمية ص ٢٢٤.

٦٠ ـ البرهان الثالث: مصادر الأحكام:

مصادر الأحكام الشرعية تتصف بالمرونة، فالكتاب والسنة وهما المصدران الأصليان للشريعة، جاءت أحكامها على نحو ملائم لكل زمان كما بينا. والإجماع والاجتهاد بأنواعه كالقياس والاستحسان والاستصلاح كلها مصادر مرنة دلت عليها الشريعة وشهدت لها بالاعتبار. وهذه المصادر تمدنا بالأحكام اللازمة لمواجهة الوقائع التي لم يأتِ بها نص صريح. وتعتبر الأحكام المستفادة من هذه المصادر جزءاً من الشريعة باعتبار أن مصادرها مشهود لها بالحجية من قبل الشريعة نفسها.

ومن جميع ما تقدم يتبين لنا صلاحية الشريعة للعموم والبقاء.

رابعاً ـ شمول الشريعة:

٦١ ـ من المعروف أن الشريعة الإسلامية نظام شامل لجميع شؤون الحياة فهي ترسم للإنسان سبيل الإيمان وتبين له أصول العقيدة وتنظم صلته بربه، وتأمره بتزكية نفسه، وتحكم علاقاته مع غيره، وهكذا لا يخرج من حكم الشريعة أي شيء.

وعلى ضوء هذا الشمول يمكن تقسيم أحكام الشريعة إلى ثلاث مجموعات:

الأولى: الأحكام المتعلقة بالعقيدة كالإيمان بالله واليوم الآخر وهذه هي الأحكام الاعتقادية، ومحل دراستها في علم الكلام أو التوحيد.

والثانية: الأحكام المتعلقة بالأخلاق كوجوب الصدق والأمانة والوفاء بالعهد وحرمة الكذب والخيانة ونقض العهد، وهذه هي الأحكام الأخلاقية. ومحل دراستها في علم الأخلاق أو التصوف.

الثالثة: الأحكام المتعلقة بأقوال وأفعال الإنسان في علاقاته مع غيره وهذه هي الأحكام العملية، وقد سميت فيما بعد (بالفقه) ومحل دراستها علم الفقه.

٦٢ ـ والأحكام العملية بالنسبة إلى ما تتعلق به تنقسم إلى قسمين:

القسم الأول: العبادات كالصلاة والصوم، والمقصود بها تنظيم علاقة الفرد بربه.

القسم الثاني: العادات أي المعاملات، وهي التي يقصد بها تنظيم علاقات

الأفراد فيما بينهم وهذه تشمل جميع روابط القانون العام والخاص في الاصطلاح الحديث[١]. لأن أحكام العادات (المعاملات) تنقسم إلى ما يأتي:

أ ـ الأحكام المتعلقة بالأسرة من نكاح وطلاق ونفقة ونسب ونحو ذلك وهي ما يسمّى في الوقت الحاضر بقانون الأسرة أو الأحوال الشخصية.

ب ـ الأحكام المتعلقة بعلاقات الأفراد المالية ومعاملاتهم كالبيع والإجارة والرهن والكفالة ونحو ذلك وهي ما يسمى حالياً بقانون المعاملات أو بالقانون المدني[٢]. ومن هذه الأحكام ما يتعلق بالشركات والتفليس والأمور التجارية الأخرى التي ينظمها في الوقت الحاضر القانون التجاري.

ج ـ الأحكام المتعلقة بالقضاء والدعوى والشهادة واليمين وهي تدخل فيما يسمى اليوم بقانون المرافعات.

د ـ الأحكام المتعلقة بمعاملة الأجانب غير المسلمين «المستأمنين» في الدولة الإسلامية وتنظيم علاقاتهم فيما بينهم أو مع رعايا الدولة الإسلامية، وهي تدخل فيما يسمى اليوم بالقانون الدولي الخاص.

هـ ـ الأحكام المتعلقة بتنظيم علاقة الدولة الإسلامية بالدول الأخرى في السلم والحرب وهي تدخل فيما يسمى اليوم بالقانون الدولي العام.

---

(١) ينقسم القانون إلى قانون عام وقانون خاص، والضابط المميز بين الاثنين وجود الدولة باعتبارها صاحبة السلطان في العلاقات التي ينظمها القانون وهذا هو القانون العام، أو عدم وجودها فيها، وهذا هو القانون الخاص: أصول القانون للدكتور السنهوري ص ٢٥٨.
وأقسام القانون العام هي القانون الدولي العام والقانون الدستوري والإداري والمالي والجنائي.
وأقسام القانون الخاص هي القانون المدني بشقيه: قانون الأحوال الشخصية وقانون المعاملات المالية، والقانون التجاري وقانون المرافعات المدنية والتجارية والقانون الدولي الخاص.

(٢) يشمل القانون المدني، في الأصل مسائل الأحوال الشخصية ولكن معظم هذه المسائل فصلت عن القانون المدني، في العراق ومصر، وتركت للفقه الإسلامي أو لقوانين استقيت من الشريعة الإسلامية.

و ـ الأحكام المتعلقة بنظام الحكم وقواعده، وحقوق الأفراد في الدولة وعلاقاتهم معها، وهي تدخل فيما يسمى اليوم بالقانون الدستوري.

ز ـ الأحكام المتعلقة بموارد الدولة الإسلامية ومصارفها، وتنظيم العلاقات المالية بين الأفراد والدولة وبين الأغنياء والفقراء، وهي تدخل في القانون المالي.

ح ـ الأحكام المتعلقة بتحديد علاقة الفرد مع الدولة الإسلامية من جهة الأفعال المنهي عنها (الجرائم ومقدار عقوبة كل جريمة). وهذه تدخل فيما يسمى اليوم بالقانون الجنائي، أو قانون العقوبات. ويلحق بها الإجراءات التي تتبع في تحقيق الجرائم وإنزال العقاب بالمجرمين وهي ما يسمى اليوم بقانون تحقيق الجنايات.

٦٣ ـ فهذا الشمول الذي جاءت به الشريعة لا نظير له في القوانين الوضعية فهي لا تنظم مسائل العقيدة ولا الأخلاق ولا العبادات.

وحتى في جانب العادات (المعاملات) الذي تناولته القوانين الوضعية بالتنظيم نجد تنظيم الشريعة له جاء على نحو يميزها عن القوانين الوضعية، فالجانب الأخلاقي مراعى في الشريعة مراعاة تامة، ومن مظاهر هذه المراعاة تحريم الربا والميسر، وتحريم الزنى والعقاب عليه. ولزوم الوفاء بالعهود من قبل الدولة الإسلامية في علاقاتها مع الدول الأخرى في السلم والحرب، وعدم مجاراتها في الظلم حتى لو أنها قتلت رعايا الدولة الإسلامية فيها، فلا يحل للدولة الإسلامية أن تقتل رعايا تلك الدول الداخلين إليها بأمان[1].

---

(١) ومن مظاهر الالتزام بالأخلاق عدم جواز تسليم الأجنبي في الدولة الإسلامية إلى دولته ولو على سبيل المفاداة بأسير مسلم، لأن الأجنبي دخل بأمان وعلى الدولة الإسلامية أن تفي بعهدها له فيبقى آمناً لا يمسه سوء فتسليمه بدون رضاه غدر بالأمان لا رخصة فيه فلا يجوز: السير الكبير للإمام محمد بن الحسن الشيباني وشرحه للإمام السرخسي: ج٢، ص ٣٠٠. ومن مظاهر العناية بالأخلاق، أن الأجنبي الداخل إلى دار الإسلام بأمان تؤخذ منه ضريبة على أمواله التجارية بمقدار ما تأخذه دولته من المسلم إذا دخل إليها بأموال تجارية، ولكن إذا كان المأخوذ من المسلم كل ماله فإن الدولة الإسلامية لا تفعل ذلك بالنسبة لرعايا تلك الدولة، ويعلل الفقهاء هذا المسلك بأن أخذ أموال الأجنبي ظلم ولا متابعة بالظلم وأننا لا نتخلق بأخلاقهم وإن تخلقوا هم بها، بل نهينا عنه كما لو قتلوا الداخل إليهم منا بأمان لا نقابلهم بالمثل فلا نقتل من دخل إلينا منهم بأمان. الدر المختار: ج ٥٦، وفتح القدير ج١ ص ٥٣٤.

٦٤ ـ والجانب الديني ملاحظ أيضاً في المعاملات، بل هو عنصر أصيل فيها، فهو يكسب الفعل صفة الحل والحرمة بناء على حقيقته الباطنة ونية صاحبه وقصده، فالفعل قد يكون صحيحاً في ظاهره لاستيفائه شروط الصحة ولكنه يعتبر حراماً لمخالفة حقيقته الباطنة ونية وقصد صاحبه لما تأمر الشريعة به كالذي يقصد بالنكاح تحليل المطلقة ثلاثاً لمطلقها، وكالذي يدعي ديناً على آخر ظلماً ويثبت ذلك أمام القضاء. والأصل في تعلق الحقوق وثبوت الآثار الشرعية على حقيقة الفعل وكونه حلالاً ظاهراً وباطناً، ولكن لما كان الباطن أمراً خفياً يعجز الإنسان عن إدراكه أو يتعذر عليه ذلك، ولأجل استقرار الحقوق وجريان الأحكام على أساس أمور ثابتة ومضبوطة وظاهرة، فقد اعتبرت الشريعة الظاهر وجعلت صحته قرينة على صحة الباطن وحله، ومناطاً لتعلق الحقوق وثبوت الآثار، ولكن الشيء يبقى بعد ذلك متصفاً بالحل والحرمة بناء على حقيقته الباطنية لأن الحكم الظاهر لا يصير الحلال حراماً ولا الحرام حلالاً وبالتالي لا يحل للمسلم أن يبيح لنفسه فعل الحرام وإن أباح له ذلك القضاء بناء على ظاهر الفعل. ويدل على ما قلناه قول النبي عليه السلام: «إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع منه، فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذ منه شيئاً فإنما أقطع له قطعة من النار»[1]. ولهذا إذا ظهر الباطن ظهوراً كافياً وتكشفت حقيقته فالعبرة به لا بالظاهر سواء كان هذا الظهور بدلالة الحال أو بشرط في العقد، فبيوع الآجال التي يتوصل بها إلى الربا كمن يبيع لآخر سلعة بألف نسيئة ثم يشتريها منه حالاً بتسعمئة نقداً، تعتبر باطلة عند أكثر الفقهاء لأن حقيقة المعاملة ربا أخذت شكل البيع، وقد دلت القرينة على هذه الحقيقة فلا عبرة بظاهر البيع. وكذا نكاح المحلل الذي تدل عليه قرائن الحال نكاح فاسد عند كثير من الفقهاء، ويعتبر فاسداً عند جمهورهم بالشرط فيه[2]. وسيأتي تفصيل ذلك عند الكلام عن

---

(١) كتاب الأم للإمام الشافعي ج٦، ص ٢٠٢.

(٢) المغني لابن قدامة ج٤ ص ٥٣، ٥٤، ١٧٤، وبداية المجتهد لابن رشد ج١ ص١١٧ ـ ١١٩، وإقامة الدليل على إبطال التحليل للإمام ابن تيمية ص ٤ ـ ٦، ٣٤، ٣٩ وإعلام الموقعين: ج٣ ص ٨٤ وما بعدها.

نظرية العقد إن شاء الله ولا شك أن مراعاة الجانب الديني في المعاملات وما ترتب عليه من وصف الفعل بالحل والحرمة بناء على حقيقته وباطنه، يجعل المسلم لا يقدم على تصرف إلا إذا كان حلالاً، وإن كان القضاء يبيح له ذلك بناء على ظاهر التصرف، كما يجعله لا يتمسك ولا يطالب بشيء لا حق له فيه وإن كان يمكنه إثبات ذلك أمام القضاء. ولا ريب أن هذا كله يدعو إلى الاطمئنان في المعاملات، فهناك رقابة دينية على الإنسان في علاقاته مع الغير زيادة على الرقابة القضائية على هذه العلاقات، وفي هذا أعظم ضمان لحسن تنظيم علاقات الأفراد وعدم ضياع الحقوق على أصحابها.

الفصل الثالث

تعريف الفقه الإسلامي وبيان خصائصه

٦٥ ـ الفقه في اللغة، العلم بالشيء والفهم له، كما يعني إدراك غرض المتكلم من كلامه، ومنه قوله تعالى: ﴿فَمَالِ هَٰؤُلَاءِ الْقَوْمِ لَا يَكَادُونَ يَفْقَهُونَ حَدِيثًا﴾ [النساء: ٧٨]. وقوله تعالى على لسان نبيه شعيب: ﴿قَالُوا يَا شُعَيْبُ مَا نَفْقَهُ كَثِيرًا مِّمَّا تَقُولُ﴾ [هود: ٩١].

٦٦ ـ ثم أطلق لفظ «الفقه» في الاصطلاح الشرعي على جميع الأحكام الدينية التي جاءت بها الشريعة الإسلامية سواء أكانت هذه الأحكام متعلقة بأمور العقيدة أو بالأخلاق أو بالعبادات أو بالمعاملات. وبهذا المعنى الاصطلاحي لكلمة الفقه، جاء تعريف الإمام أبي حنيفة للفقه الإسلامي بقوله: «هو معرفة النفس ما لها وما عليها» فيشمل هذا التعريف الأحكام الاعتقادية كوجوب الإيمان بالله تعالى، والأحكام الوجدانية «الأخلاقية» كوجوب الصدق، والأحكام العملية المتعلقة بالعبادات والمعاملات كوجوب الصيام وإباحة البيع[1].

٦٧ ـ ثم طرأ تغيير على مفهوم «الفقه» في الاصطلاح، فصار يطلق على «العلم بالأحكام الشرعية الثابتة لأفعال المكلفين خاصة كالوجوب والحظر ـ أي الحرمة ـ والإباحة والندب والكراهة وكون العقد صحيحاً أو فاسداً أو باطلاً، وكون العبادة قضاء أو أداء وأمثاله»[2]. واشترطوا أن يكون العلم بهذه الأحكام عن طريق النظر والاجتهاد في الأدلة الشرعية، ولهذا قال بعض العلماء في تعريف الفقه بأنه «العلم بالأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية بالاستدلال»[3]، كما أطلقوا كلمة

(١) التوضيح في أصول الفقه ج١ ص ١٠ ـ ١١.

(٢) المستصفى للغزالي ج١ ص ٤ ـ ٥.

(٣) التلويح شرح التوضيح ج١ ص ١٢ ـ ١٣، مباحث الحكم عند الأصوليين للأستاذ محمد سلام مدكور ص ١٢.

الفقه على هذه الأحكام نفسها. وهذا التعريف هو التعريف المختار، والمراد بالأحكام الشرعية الأحكام المنسوبة إلى الشريعة الإسلامية أي المأخوذة منها رأساً أو بالواسطة. والمقصود بـ«العملية» أي الأحكام الشرعية المتعلقة بما يصدر عن المكلف من عبادات ومعاملات. والمقصود بالمكلف الإنسان البالغ العاقل. والأدلة التفصيلية هي الأدلة الجزئية التي يتعلق كل دليل منها بمسألة معينة وينص على حكم خاص بها مثل قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ ٱلزِّنَىٰٓ ۖ إِنَّهُۥ كَانَ فَـٰحِشَةً وَسَآءَ سَبِيلًا﴾ [الإسراء: ٣٢]. فهذا دليل تفصيلي أي دليل جزئي يتعلق بمسألة معينة وهي الزنا ويدل على حكم خاص بها، وهذا الحكم هو حرمة الزنا.

وبهذا المعنى الاصطلاحي الجديد لكلمة الفقه خرجت من مفهومه الأحكام الاعتقادية والأخلاقية وصار مدلوله قاصراً على الأحكام العملية أي على العبادات والمعاملات كما قلنا، وخرج أيضاً من مفهوم الفقه، حسب التعريف المختار، الأحكام التي لا تؤخذ بالاستدلال أي بطريق النظر في الأدلة التفصيلية والبحث والاجتهاد. فعلم المقلدين بالأحكام لا يسمى فقهاً لأنه غير مكتسب عن طريق النظر والاستدلال، كما لا يسمى صاحبها فقيهاً.

والأحكام الشرعية العملية التي تثبت لأفعال المكلفين، أي تتعلق بأفعالهم التي هي من العبادات والمعاملات، هي:

أ ـ الوجوب: ومعنى هذا أن الفعل الذي تعلق به هذا الحكم يلزم المكلف القيام به على وجه الإلزام، ويسمى هذا الفعل بالواجب. فالواجب هو ما طلب الشارع من المكلف فعله على وجه الحتم والإلزام كالصلاة والوفاء بالعقود.

ب ـ الحرمة: ومعنى هذا الحكم أن الفعل الذي تعلق به يلزم المكلف تركه على وجه الحتم والإلزام، ويسمى هذا الفعل المطلوب تركه إلزاماً بالمحرم. فالمحرم، إذن هو ما طلب الشارع تركه على وجه الإلزام كالزنا والسرقة.

ج ـ الندب: أي طلب الشارع القيام بالفعل على وجه التفضيل والترجيح لا الإلزام، ويسمى الفعل الذي تعلق به هذا الحكم بالمندوب، فالمندوب ما طلب الشارع فعله على وجه التفضيل لا الإلزام، مثل كتابة الدين حفظاً لحقوق الدائن.

د ـ الكراهة: طلب الشارع ترك الفعل على وجه الترجيح لا الإلزام، ويسمى الفعل الذي تعلق به هذا الحكم بالمكروه. فالمكروه ما طلب الشارع تركه على وجه الترجيح لا الإلزام، مثل إيقاع الطلاق بلا مبرر كاف.

هـ ـ الإباحة: ويعني هذا الحكم تخيير المكلف بين القيام بالفعل الذي تعلق به هذا الحكم وبين تركه. والفعل المخير بين تركه والقيام به يسمى بالمباح مثل الأكل والشرب والقيام والقعود ومباشرة سائر التصرفات الشرعية.

و ـ الصحة: حكم شرعي يتعلق بالأفعال التي يقوم بها المكلف على الوجه الذي قررته الشريعة الإسلامية ويسمى الفعل في هذه الحالة بالصحيح. والصحيح تترتب عليه آثاره الشرعية سواء أكان من العبادات أو العقود والتصرفات.

ز ـ البطلان: حكم شرعي يلحق بأفعال المكلفين إذا جاؤوا بها على غير الوجه المشروع، ويسمى الفعل في هذه الحالة بالباطل. والباطل لا تترتب عليه الآثار الشرعية التي تترتب على الصحيح.

٦٨ ـ ثم طرأ تحول في إطلاق كلمة «الفقه» فصار هذا الاسم في عرف الفقهاء يطلق على جميع الأحكام الشرعية العملية الثابتة لأفعال المكلفين سواء أكانت تلك الأحكام معروفة من الدين بالضرورة ولا تحتاج إلى نظر واجتهاد كوجوب الصلاة وحرمة الزنا، أم كانت تلك الأحكام مستفادة عن طريق النظر والاجتهاد في الأدلة، أم كانت تلك الأحكام مستفادة من طريق التقليد للفقهاء. فالأحكام الشرعية التي تكتسب من جميع هذه الطرق أصبحت تسمى فقهاً والعارف بها يسمى فقيهاً سواء اكتسبها عن طريق النظر والاجتهاد أو عن طريق التقليد[1].

٦٩ ـ علاقة الفقه بالشريعة:

قلنا إن الشريعة الإسلامية تشتمل على جميع الأحكام الشرعية المتعلقة بالعقيدة أو الأخلاق أو العبادات أو المعاملات. أما الفقه فلا يعنى إلا بالأحكام العملية أي أحكام العبادات والمعاملات، وعلى هذا فالفقه لا يشتمل إلا على الأحكام العملية ومن ثم فالشريعة أعم وأكثر شمولاً لأنها تشتمل على جميع الأحكام.

---

(١) مذكرات في تاريخ الفقه للأستاذ الشيخ محمد فرج السنهوري ص ٤.

والفقه ـ وهو معرفة الأحكام الشرعية العملية ـ يعتمد على نصوص الشريعة أي على القرآن والسنة النبوية، كما يعتمد على المصادر التي شهدت لها الشريعة بالصحة والاعتبار كمصدر الإجماع والقياس. فلولا أن الشريعة شهدت لهذه المصادر بالحجية والاعتبار لما أمكن الفقيه أن يستمد منها الأحكام الشرعية.

والشريعة الإسلامية ـ وهي الأحكام المنزلة من الله تعالى على نبيه محمد ﷺ في القرآن أو السنة النبوية ـ تقوم على الوحي الإلهي، فهي تشريع إلهي، لا مجال فيه لرأي الإنسان، وتحرم مخالفته. أما الفقه الإسلامي فليس كله كذلك، وبيان هذا أن الأحكام الفقهية نوعان:

النوع الأول: ما يضعف فيه جانب الرأي والاجتهاد أو ينعدم كمعرفة الأحكام المعروفة من الدين بالضرورة والتي لا يجهلها أحد كوجوب الصلاة وحرمة الزنا أو التي تستفاد من النص الشرعي رأساً بلا أي كلفة أو بحث أو اجتهاد لظهور هذه الأحكام من النصوص الشرعية مثل حرمة نكاح الأمهات التي ورد بها النص الشرعي: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ ...﴾ [النساء: ٢٣]. وهذه الأحكام الفقهية تعتبر جزءاً من الشريعة الإسلامية، أي تعتبر تشريعاً إلهياً ومن ثم لا تجوز مخالفته.

النوع الثاني: من الأحكام الفقهية، هو ما يغلب عليه جانب الرأي والاجتهاد. وهذا النوع من الأحكام لا يعتبر جزءاً من الشريعة الإسلامية بمعناها الاصطلاحي، أي لا يعتبر من قبيل التشريع الإلهي الذي لا تجوز مخالفته، بل تسوغ هذه المخالفة ما دامت مستندة إلى دليل أقوى من دليل الرأي الفقهي المتروك أو مستندة إلى اجتهاد أقرب إلى روح النصوص، لأن المخالفة المجردة من ذلك تعتبر من قبيل اتباع الهوى، والهوى لا يجوز أن يكون مستنداً للأحكام. وهذا النوع من الأحكام أكثر من النوع الأول لكثرة الوقائع وتجددها. ومع هذا فإن الفقه الإسلامي بمجموعه يبقى مصبوغاً بالصبغة الدينية لأنه قائم على الشريعة الإسلامية ومبادئها وقواعدها وداخل في نطاقها العام ودائر في فلكها. ولهذا فإنَّ آراء الفقهاء الاجتهادية تعتبر سائغة ومحل تقدير واحترام المسلمين.

٧٠ ـ خصائص الفقه الإسلامي:

الفقه الإسلامي قام على أساس الشريعة الإسلامية، ومن ثم فله صبغة دينية تدعو إلى احترامه وعدم مخالفته. والجزاء فيه دنيوي وأخروي، كما قلنا في خصائص الشريعة الإسلامية، لأن هذا الجزاء وصف ثابت للأحكام الشرعية. وله صفة الشمول ولكن على نحو أقل مما للشريعة، وأكثر مما للقوانين الوضعية، فهو ينظم المعاملات والعبادات ومن هنا كان نظاماً للدين والدنيا. وجانب الأخلاق مراعى فيه تمام الرعاية. والجانب الديني عنصر أصيل في جميع تنظيماته المدنية، وعلى أساسه يكتسب الفعل من العبادات أو المعاملات وصف الحل أو الحرمة على النحو الذي بيناه في كلامنا عن الشريعة وخصائصها.

٧١ ـ ويمتاز الفقه الإسلامي بمرونته وقابليته للبقاء بسبب وفائه بحاجات الناس ومصالحهم المشروعة. وهذه الخصيصة، بالحقيقة، دليل على صلاحية الشريعة الإسلامية للعموم والبقاء، لأن الفقه الإسلامي، ليس إلاَّ وجهاً من وجوه الفهم والتفسير والبيان لنصوص الشريعة وأحكامها، وتطبيقاً لمبادئها وقواعدها على جزئيات الوقائع والأحداث حسب الأزمنة والأمكنة ومصالح الناس.

ومصادر الفقه، وهي التي صرحت بها الشريعة الإسلامية، أو دلت عليها أو أومأت إليها، من المرونة والسعة بحيث تمدنا بجميع الأحكام اللازمة لمواجهة مقتضيات الحياة المتجددة، وبهذا يكون الفقه حياً نامياً متحركاً وإن كانت أصوله وقواعده ومبادؤه ثابتة لا تتغير ولا تتبدل. فالمصالح المرسلة، مثلاً مصدر خصب من مصادر الفقه، يسعفنا بالأحكام المحققة للمصالح التي لم تأت الشريعة الإسلامية بنص صريحٍ لتحصيلها ولم يقم دليل على إلغائها، مثل جمع القرآن في زمن أبي بكر لما رأى المصلحة في ذلك، وذهاب فقهاء الصحابة إلى تضمين الصناع وقال في ذلك سيدنا علي: «لا يصلح الناس إلّا ذاك» ومثل رأي عمر، وتبعه الصحابة فيه، أن الجماعة تقتل بالواحد، واتخاذه السجن، وتدوينه الدواوين، وأخذه شطراً من أموال ولاته وردها إلى بيت المال إذا رأى أن ما

اكتسبوه كان بسبب ولايتهم ومحاباة الناس لهم بسبب سلطانهم[١]. وعلى هذا النهج سار الأئمة في إيجاد الأحكام بناء على المصلحة، فالإمام مالك أجاز بيعة المفضول مع وجود الفاضل، وتولية الحكم للفاضل مع وجود من هو أولى منه لأن بطلان ولايته يؤدي إلى فساد واضطراب وفوات مصالح كثيرة على الناس، ومثلها عند المالكية، جواز فرض الضرائب على الأغنياء إذا خلا بيت المال ووجدت حاجة إلى المال[٢].

فالمصالح المرسلة أصل عظيم ومصدر خصب للفقه الإسلامي، وعلى أساسه يمكن لولي الأمر (الحكومة) أن توجد النظم الضرورية للدولة التي تحقق الخير والمصلحة للناس، وإن لم يرد بهذه النظم نص صريح في الشريعة ما دامت لا تخالف ما نطق به الشرع، لأن السياسة العادلة وتحقيق العدل والمصلحة يعتبر من الشريعة لا خارجاً عنها[٣] ومن أمثلة ذلك فرض التسعير إذا امتنع التجار عن بيع ما عندهم إلا بأكثر من قيمة المثل وكان في الناس حاجة إلى ما عندهم، ومنه أيضاً حمل أرباب الصناعات والحرف على العمل بأجرة المثل إذا امتنعوا عن العمل وكان في الناس حاجة لصناعاتهم وأعمالهم[٤].

٧٢ ـ والعرف ـ وهو ما اعتاده الناس وجروا عليه في أمورهم ـ أصل فقهي تبتني عليه الأحكام ويؤثر في بقائها وتطبيقها. فعقد الاستصناع أجيز لجريان التعامل به واعتياد الناس عليه، وتحقق الحاجة إليه. ودخول الحمام أجيز لجريان العرف بذلك وإقرار العلماء له، مع أنه إجارة مع مجهولية مدة المكث في الحمام ومقدار الماء المستهلك. ووقف المنقول يجوز إذا جرى به العرف، وهذا هو ما ذهب إليه صاحب أبي حنيفة الإمام محمد بن الحسن الشيباني. ومنه صحة الشرط الذي جرى به العرف فيصح شراء ساعة مع اشتراط تصليحها من قبل البائع لمدة معينة، وما

(١) الطرق الحكمية لابن القيم ص ١٦.

(٢) أستاذنا أبو زهرة، في كتاب مالك ص ٤٠٠ ـ ٤٠١.

(٣) الطرق الحكمية ص ١٣، ١٤.

(٤) المرجع السابق ص ٢٢٦، ٢٤٠.

يعتبر قادحاً في العدالة مخلاً بالمروءة ينظر فيه إلى العرف. وما يعتبر عيباً ويرد فيه المبيع ينظر فيه إلى العرف أيضاً حتى إذا تغير العرف بحيث لم يعد ما كان عيباً معتبراً من العيوب فإن البيع لا يرد به[1]. ومن ملاحظة جانب العرف جاءت القواعد الفقهية (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً) والمعروف بين التجار كالمشروط فيما بينهم. «والعادة محكمة» كما سنبينه فيما بعد.

٧٣ ـ والإجماع هو الآخر مصدر فقهي واسع يجعل الفقه في حالة نمو مستمر وصلاحية دائمة للبقاء، ومعناه اتفاق المجتهدين على حكم واقعة لم يرد نص بشأنها كما سيأتي بيانه فيما بعد، ولا شك أن المجتهدين يلاحظون المصلحة وعادة الناس في الواقعة التي يريدون استنباط الحكم لها والإجماع عليها.

ومن هذا كله، نقول مطمئنين: إن الفقه الإسلامي بمصادره ومقوماته واستناده إلى الشريعة، يفي كل الوفاء بجميع حاجات الناس والأفراد والدولة.

(١) إعلام الموقعين ج٣ ص ٦٦.

الفصل الرابع

علاقة الشريعة الإسلامية بالشرائع السابقة

تمهيد:

٧٤ ـ سبقت الشريعة الإسلامية شرائع كثيرة منها المنزلة من عند الله وهذه هي الشرائع الإلهية أو السماوية، ومنها الموضوعة من قبل البشر وهذه هي الشرائع الوضعية. ونريد أن نبين وجه العلاقة بين الشريعة الإسلامية وبين هذه الشرائع بنوعيها. وقد اخترنا القانون الروماني كشريعة وضعية عند الكلام عن علاقة الشريعة بالشرائع الوضعية لأن القانون الروماني هو القانون القديم الذي كان له أكبر الأثر في القوانين اللاحقة عليه، ولأن الجدل لا يزال موجوداً بين المستشرقين وغيرهم عن مدى تأثر الشريعة بالقانون الروماني. ولهذا سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين: (الأول) عن علاقة الشريعة الإسلامية بالشرائع السماوية. و(الثاني) عن علاقة الشريعة بالقانون الروماني.

المبحث الأول
علاقة الشريعة الإسلامية بالشرائع السماوية

٧٥ ـ الشرائع السماوية كثيرة، إذ لم تخل أمة قط من رسول أرسله الله إليها يبلغها تشريعه وأحكامه، قال تعالى: ﴿وَإِن مِّنْ أُمَّةٍ إِلَّا خَلَا فِيهَا نَذِيرٌ﴾ [فاطر: ٢٤]. وجميع هذه الشرائع الإلهية تتفق وتتشابه في أصول الدين وأمور العقيدة مثل الإيمان بالله تعالى وإفراده بالعبادة، والإخلاص له بالعمل، والإيمان باليوم الآخر والاستعداد له بالعمل الصالح، ونبذ الشرك قال تعالى: ﴿وَمَآ أَرْسَلْنَا مِن قَبْلِكَ مِن رَّسُولٍ إِلَّا نُوحِىٓ إِلَيْهِ أَنَّهُۥ لَآ إِلَٰهَ إِلَّآ أَنَا۠ فَٱعْبُدُونِ﴾ [الأنبياء: ٢٥]. وفي آية أخرى: ﴿وَلَقَدْ بَعَثْنَا فِى كُلِّ أُمَّةٍ رَّسُولًا أَنِ ٱعْبُدُوا۟ ٱللَّهَ وَٱجْتَنِبُوا۟ ٱلطَّٰغُوتَ﴾ [النحل: ٣٦].

وقال تعالى: ﴿شَرَعَ لَكُم مِّنَ ٱلدِّينِ مَا وَصَّىٰ بِهِۦ نُوحًا وَٱلَّذِىٓ أَوْحَيْنَآ إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِۦٓ إِبْرَٰهِيمَ وَمُوسَىٰ وَعِيسَىٰٓ أَنْ أَقِيمُوا۟ ٱلدِّينَ وَلَا تَتَفَرَّقُوا۟ فِيهِ . . .﴾ [الشورى: ١٣]. فالشرائع السماوية واحدة في مصدرها وفي أصول العقيدة ومقاصد الشريعة العامة، ولكنها تختلف في الأحكام العملية والتفصيلات الجزئية المنظمة لعلاقات الأفراد بخالقهم، أو بعلاقاتهم فيما بينهم، قال تعالى: ﴿لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا﴾ [المائدة: ٤٨] ﴿ثُمَّ جَعَلْنَٰكَ عَلَىٰ شَرِيعَةٍ مِّنَ ٱلْأَمْرِ فَٱتَّبِعْهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَآءَ ٱلَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ﴾ [الجاثية: ١٨] وما الشريعة إلاَّ الفرائض والحدود والأمر والنهي، كما روى الإمام ابن جرير الطبري عن قتادة، أي الأحكام العملية المنظمة لشؤون الأفراد[1]. وهذه الأحكام هي التي قد يرد عليها النسخ فينسخ لاحقها سابقها، وقد يبقى الحكم نفسه بلا نسخ في الشريعة اللاحقة كالقصاص كان في شريعة التوراة وبقي في شريعة القرآن[2].

٧٦ ـ وعلى ضوء ما تقدم نستطيع أن نجمل أوجه العلاقة بين الشريعة الإسلامية وغيرها من الشرائع السماوية السابقة بما يأتي:

أولاً ـ وحدة المصدر: فجميع الشرائع السماوية ومنها الإسلامية مصدرها واحد هو الله تعالى فهو منزلها ومشرع أحكامها، وما وظيفة الرسل إلا القيام بتبليغها إلى الناس.

ثانياً ـ وحدة الأصول والمقاصد: جميع الشرائع السماوية متشابهة في الدعوة إلى أصول العقيدة ومتشابهة في مقاصد التشريع العامة كتزكية النفس بالأعمال الصالحة، والحرص على هداية الناس إلى الصراط المستقيم وتحقيق الخير والصلاح لهم في الدنيا، والسعادة في الآخرة[3].

ثالثاً ـ الشريعة الإسلامية ناسخة لما قبلها: الشريعة الإسلامية باعتبارها خاتمة الشرائع فهي ناسخة لما سبقها، وهي وحدها دون غيرها واجبة الاتباع قال تعالى:

---

(١) تفسير المنار ج٦ ص ٤١٤.

(٢) أصول الفقه للأستاذ الشيخ محمد أبي زهرة ص ٣٩٢.

(٣) تفسير المنار ج٥ ص ٣٦، ١٤٤، ج٦ ص ٤١٧.

﴿وَأَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلْكِتَٰبَ بِٱلْحَقِّ مُصَدِّقًا لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ ٱلْكِتَٰبِ وَمُهَيْمِنًا عَلَيْهِ ۖ فَٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ ۖ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَآءَهُمْ عَمَّا جَآءَكَ مِنَ ٱلْحَقِّ ۚ لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا﴾ [المائدة: ٤٨] أي أنزلنا إليك هذا القرآن الذي أكملنا به الدين فاحكم بين أهل الشرائع السابقة ـ كما تحكم بين المسلمين ـ بما أنزل الله إليك من الأحكام لا بما أنزله الله إلى الأمم السابقة من أحكام لأن الشريعة الإسلامية ناسخة لشرائعهم(١).

رابعاً ـ إن الأحكام الموجودة في الشريعة الإسلامية كلها قائمة على الوحي الإلهي إلى رسوله محمد ﷺ وليست مأخوذة من الشرائع السابقة، لأن الرسول ﷺ لا يتبع إلا ما يوحى إليه من ربه، قال تعالى: ﴿قُلْ إِنَّمَآ أَتَّبِعُ مَا يُوحَىٰٓ إِلَيَّ مِن رَّبِّي﴾ [الأعراف: ٢٠٣] ﴿إِنْ أَتَّبِعُ إِلَّا مَا يُوحَىٰٓ إِلَيَّ﴾ [الأنعام: ٥٠]، وعلى هذا فإن التشابه بين بعض أحكام الشريعة الإسلامية وبين أحكام الشرائع السماوية السابقة يعني أن الله تعالى شرعها في الإسلام كما شرعها للأمم السابقة، كما في فريضة الصوم فقد جاء في القرآن الكريم: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى ٱلَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾ [البقرة: ١٨٣]، فنحن مخاطبون بأحكام الشريعة الإسلامية بنزولها علينا لا بكونها شرعت لمن قبلنا(٢).

خامساً ـ إن أحكام الشرائع السابقة التي أشار إليها القرآن أو السنة دون إنكار أو إقرار ولم يقم دليل على نسخها في حقنا لا تعتبر تشريعاً لنا ولا جزءاً من الشريعة الإسلامية، وهذا على رأي جمهور الفقهاء، وذهب البعض إلى أنها تعتبر جزءاً من شريعتنا. والرأي الأول هو الراجح لأن الآيات القرآنية تشير إلى أن الواجب هو اتباع ما أنزله الله على رسوله محمد ﷺ، كما بينت هذه الآيات بأن لكل رسول تشريعاً خاصاً يبلغه إلى الناس ﴿لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا﴾ [المائدة: ٤٨]. ﴿ثُمَّ جَعَلْنَٰكَ عَلَىٰ شَرِيعَةٍ مِّنَ ٱلْأَمْرِ فَٱتَّبِعْهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَآءَ ٱلَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ﴾ [الجاثية: ١٨]. وسيأتي زيادة بسط وإيضاح لهذه المسألة عند الكلام عن شرع من قبلنا، وهل يعتبر من مصادر الفقه الإسلامي أم لا؟.

---

(١) تفسير المنار ج٦ ص ٤١٢.

(٢) تفسير المنار ج٦ ص ٤١٦ ـ ٤١٧.

المبحث الثاني
علاقة الشريعة الإسلامية بالقانون الروماني

تمهيد:

٧٧ ـ ظهر الإسلام في بلاد العرب، ومنها انطلق العرب، بعد إسلامهم، إلى البلاد المجاورة والبعيدة فتم لهم فتحها والسيطرة عليها بمدة وجيزة. ومن هذه البلاد المفتوحة الأقاليم التي كانت خاضعة للدولة الرومانية الشرقية كالشام ومصر وغيرها. وقد ترتب على هذا الفتح أن حلت الشريعة الإسلامية محل القانون الروماني الذي كان مطبقاً في تلك الأقاليم. ومن أجل هذا أثيرت مسألة علاقة الشريعة الإسلامية بالقانون الرماني. فذهب معظم المستشرقين إلى القول بتأثر الشريعة بالقانون الروماني على اختلاف فيما بينهم في مدى هذا التأثر. فذهب فريق منهم إلى أن الشريعة مستمدة من القانون الروماني، فهو عندهم مصدرها، وعلى أساس قواعده أقام فقهاء الشريعة الإسلامية كيانها القانوني، ومن هذا الفريق المستشرق جولدزيهر Gildziher وفون كريمر Von Kremer وشيلدون آموس Scheldon Amos. ومن أقوال هذا الأخير: «أن الشرع المحمدي ليس إلّا القانون الروماني للامبراطورية الشرقية معدلاً وفق الأحوال السياسية في الممتلكات العربية». وقوله: «القانون المحمدي ليس سوى قانون جستنيان في لباس عربي»[1]. وقال فريق آخر من القائلين بنظرية التأثر أن الشريعة الإسلامية تأثرت بالقانون الروماني في بعض أحكامها. ولكن بعد ظهور نظرية تأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الروماني بمدة وجيزة ظهر رأي يذهب إلى عكس هذه النظرية وينفي تأثر الشريعة بالقانون الروماني. ومن أصحاب هذا الرأي بعض المستشرقين مثل المستشرق الإيطالي نالينو Nallino والأستاذ فيتزجيرالد Fitzgerald وحمل لواء هذا الرأي بعض أعلام القانون والفقه في مصر مثل الأستاذ علي البدوي، والدكتور عبد الرزاق السنهوري، والدكتور شفيق شحاتة، والدكتور محمد يوسف موسى، والأستاذ

(١) الدكتور صوفي حسن أبو طالب، بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني ص ٦، والدكتور صبحي محمصاني، فلسفة التشريع في الإسلام، ص ١٨٨.

محمد سلام مدكور. وأخيراً فإن هناك رأياً ثالثاً في هذه المسألة يذهب إلى تأثر القانون الروماني بالشريعة الإسلامية، وسنتعرض إلى هذا الرأي الثالث في خاتمة هذا المبحث. وأذكر فيما يلي أدلة القائلين بتأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الروماني ثم أبين ما يرد عليها من نقد أو اعتراض أو تضعيف. وبهذه المناقشة سيظهر وجه الحق في هذه المسألة.

أدلة القائلين بتأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الروماني

٧٨ ـ استدل القائلون بتأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الروماني بجملة أدلّة[1]، نذكرها فيما يلي ثم نتبعها بالمناقشة:

أولاً ـ قالوا إن النبي محمد ﷺ كان على معرفة واسعة بالقانون الروماني البيزنطي المطبق في الإمبراطورية الرومانية الشرقية، وعن طريق هذه المعرفة تسربت قواعد هذا القانون إلى الشريعة الإسلامية.

ثانياً ـ وقالوا كانت مدارس للقانون الروماني في قيصرية، وبيروت، والقسطنطينية، والإسكندرية، وكذلك وجدت محاكم في أقاليم الدولة الرومانية تسير في نظامها حسب القانون الروماني وتطبق أحكامه، وقد بقيت هذه المحاكم وتلك المدارس بعد الفتح الإسلامي، مما أدى إلى وقوف الفقهاء المسلمين على أحكام هذه المحاكم وتعرفهم على آراء فقهاء تلك المدارس فنقلوا هذه الآراء والأحكام إلى أحكام الفقه الإسلامي. وزعموا أن أكثر الفقهاء المسلمين تأثراً بما ذكرنا الإمام الأوزاعي والإمام الشافعي.

ثالثاً ـ وقالوا إن فقهاء الشريعة انتشروا في بلاد الإمبراطورية الرومانية بعد فتحها، وقد مكنهم هذا الانتشار من مخالطة العارفين بالقانون الروماني والاطلاع على أحكامه، وحيث أن أهل البلاد المفتوحة قد تعودوا على هذا القانون وألفوه، فإن فقهاء الشريعة احتضنوا قواعده التي لم تعرفها البشرية وطبقوها على العلاقات القانونية التي كانت سائدة في تلك البلاد رعاية لما ألفه الناس.

---

(١) الأستاذ أحمد أمين، فجر الإسلام ج١ ص ٣٠٣، الدكتور صوفي حسن أبو طالب، المرجع السابق، ص ١٠ وما بعدها.

رابعاً ـ وقالوا إن القانون الروماني أثر بصورة غير مباشرة في الشريعة الإسلامية عن طريق القانون الجاهلي وكتاب التلمود اليهودي، وهو كتاب فقه الشريعة اليهودية، وبيان ذلك أن القانون الجاهلي تأثر بالقانون الروماني فتسربت إليه بعض قواعد هذا الأخير كما تسربت إلى التلمود، وحيث أن الشريعة الإسلامية أقرت بعض نظم عرب الجاهلية فقد تسربت بعض قواعد القانون الروماني بهذا الطريق إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وكذلك أخذ فقهاء الشريعة بعض ما في التلمود من أحكام مما أدى إلى تسرب بعض أحكام القانون الروماني الموجودة في التلمود إلى الشريعة الإسلامية.

خامساً ـ وقالوا: ومن الأدلة الظاهرة على تأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الروماني، ما نلاحظه من تشابه في النظم القانونية والأحكام والقواعد الموجودة في الشريعة وفي القانون الروماني. وهذا يعني أن الشريعة اللاحقة ـ أي الشريعة الإسلامية ـ هي التي اقتبست هذه النظم والأحكام من الشريعة السابقة ـ أي القانون الروماني ـ لأن اللاحق هو الذي يقتبس من السابق وليس العكس.

نقد هذه الأدلة ومناقشتها

٧٩ ـ مناقشة الدليل الأول ونقضه:

زعمهم أن النبي ﷺكان على علم بالقانون الروماني زعم باطل ودليل هالك لا أثارة عليه من علم ولا تحقيق. فمن المعروف أن النبي ﷺ ولد في بيت عربي أصيل وفي مكة وهي بلد عربي خالص لا أثر فيه للتقاليد الرومانية ولا للقانون الروماني، ولا يوجد فيها من يعرفه. والنبي ﷺ لم يغادر مكة إلى خارج الجزيرة العربية إلّا مرتين قبل البعثة، الأولى وهو ابن اثنتي عشرة سنة وقيل ابن تسع سنين، خرج به عمه أبو طالب إلى الشام في تجارة فبلغ به بصرى. والثانية خروجه إلى الشام في تجارة لخديجة وكان معه غلامها ميسرة وكانت سنه آنذاك خمساً وعشرين سنة. وقد وصل النبي ﷺ في هذه الرحلة إلى بصرى وما لبث فيها إلا قليلاً حتى رجع إلى مكة[1]. ولم يرافقه في هاتين الرحلتين إلا عرب خلص لا معرفة لهم بالقانون

(١) المقريزي، إمتاع الأسماع، ج١ ص ٨ ـ ٩.

الروماني كما لم يخالطه في بصرى أحد من علماء القانون الروماني أو العارفين به، ولم يكن هناك أي سبب يدعو حكام الدولة الرومانية أو أحد فقهائها لتعليم النبي محمد ﷺ قبل البعثة قواعد القانون الروماني في مدة مكثه في بصرى، ولم تجر العادة بوقوع مثل هذا التعليم مع التجار العرب القادمين إلى الشام في رحلاتهم المتعددة. وأيضاً فإن النبي ﷺ لا يتصور منه الاطلاع على القانون الروماني مكتوباً، لأنه كان لا يعرف القراءة والكتابة، قال تعالى: ﴿وَمَا كُنتَ تَتْلُواْ مِن قَبْلِهِۦ مِن كِتَٰبٍ وَلَا تَخُطُّهُۥ بِيَمِينِكَ إِذًا لَّٱرْتَابَ ٱلْمُبْطِلُونَ﴾ [العنكبوت: ٤٨] والشريعة الإسلامية بعد هذا وذاك وحي من عند الله فمن المستحيل أن يختلط بهذا الوحي شيء من القانون الروماني أو غيره لا سهواً ولا تعمداً من الرسول لأن الله قد تولى حفظها. قال تعالى: ﴿إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا ٱلذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُۥ لَحَٰفِظُونَ﴾ [الحجر: ٩]. وقال تعالى عن نبيه: ﴿وَلَوْ تَقَوَّلَ عَلَيْنَا بَعْضَ ٱلْأَقَاوِيلِ ۞ لَأَخَذْنَا مِنْهُ بِٱلْيَمِينِ ۞ ثُمَّ لَقَطَعْنَا مِنْهُ ٱلْوَتِينَ﴾ [الحاقة: ٤٤ ـ ٤٦].

٨٠ ـ ثانياً ـ مناقشة الدليل الثاني ونقضه:

احتجاجهم بمدارس القانون الروماني والمحاكم، إلى آخر ما قالوه في دليلهم الثاني، احتجاج هزيل لا أساس له من الصحة، ووقائع التاريخ تدحضه. فمن الثابت تاريخياً أن الإمبراطور الروماني جستنيان قرر بموجب دستور أصدره في ١٦ ديسمبر سنة ٥٣٣م إلغاء جميع مدارس القانون الروماني في الإمبراطورية الرومانية عدا مدرسة روما والقسطنطينية وبيروت[1]. ولم يكن لواحدة من هذه المدارس تأثير في الفقه الإسلامي ولا في الفقهاء المسلمين. فادعاء البعض بتأثر الفقهاء المسلمين بمدرسة الإسكندرية ادعاء باطل قطعاً لغلق هذه المدرسة بموجب دستور جستنيان السالف الذكر قبل فتح المسلمين لها الذي تم في سنة ٦٤١م. أما مدرسة روما ومدرسة القسطنطينية فلم يكن لهما أيضاً أي تأثير لأن روما لم يفتحها المسلمون، والقسطنطيينة لم يفتحوها إلا في سنة ١٤٩٣م، وقبل فتحها ما كانت العلاقة ودية بينها وبين الدولة الإسلامية حتى تسمح لفقهاء الشريعة الإسلامية بالوصول إليها والاطلاع

(١) الدكتور صوفي حسن أبو طالب، المرجع السابق، ص ٤٨.

على ما يدرس فيها حتى يحصل التأثر بها. وأما مدرسة بيروت فمن الثابت تاريخياً أنها اندثرت قبل الفتح الإسلامي بما يزيد على ثلاثة أرباع القرن[١] فلا يتصور تأثير مدرسة مندثرة لا وجود لها في الفقه الإسلامي. وعلى أساس هذه الواقعة التاريخية المادية يتبين بطلان ادعائهم بتأثر الفقيه الإسلامي الإمام الأوزاعي، والإمام الشافعي بمدرسة بيروت وآراء فقهائها، ونضيف هنا أن الإمام الأوزاعي كما يدل عليه فقهه المنقول عنه في كتاب الأم للشافعي وغيره، أن هذا الفقيه يعتبر من فقهاء مدرسة أهل الحديث لا من مدرسة أهل الرأي، وفقهاء مدرسة الحديث أبعد الناس تأثراً بالقانون الروماني على فرض علمهم به. والإمام الشافعي ولد في غزة ثم نقله أهله وهو رضيع أو بعد فطامه إلى مكة حيث نشأ هناك وأخذ شيئاً من الفقه عن علمائها، ثم ارتحل إلى المدينة وصحب الإمام مالك بن أنس وتفقه عليه، ثم ارتحل إلى اليمن واطلع على فقه هذا البلد، ثم ذهب إلى العراق والتقى بالإمام محمد بن الحسن الشيباني صاحب أبي حنيفة وسمع منه فقه الحنفية ثم استقر في مصر قبل وفاته بأربع أو خمس سنوات[٢]. ومن هذا نعلم أن الشافعي تفقه ونضج فقهه في مدن بعيدة عن مراكز القانون الروماني فلا يتصور تأثره به واطلاعه عليه.

أما ادعاء بقاء المحاكم الرومانية بعد الفتح الإسلامي فغير صحيح لأن سلطة القضاء في الدولة الإسلامية بيد المحاكم الوطنية «الإسلامية» لا الأجنبية.

٨١ ـ ثالثاً ـ مناقشة دليلهم الثالث ونقضه:

وهذا الدليل كما بينا، يتضمن شيئين: (الأول) أن فقهاء الشريعة بانتشارهم في الأقاليم الرومانية المفتوحة تمكنوا من الاطلاع على القانون الروماني. و(الثاني) أنهم طبقوا قواعد القانون الروماني التي لم تعرفها الشريعة على العلاقات السائدة آنذاك رعاية لما ألفه أهل تلك البلاد من تطبيق هذا القانون.

وهذا الدليل بشقيه دليل ميت لا يقوى على النهوض لإسناد ما زعموه، فقد بينا عند مناقشتنا للدليل الثاني عدم تأثر فقهاء الشريعة الإسلامية بمدارس القانون

---

(١) الدكتور صوفي، المرجع السابق، ص ٥٢.
(٢) سنذكر شيئاً عن حياة الشافعي وفقهه فيما بعد.

الروماني المزعومة، ونضيف هنا أن انتشارهم في البلاد الرومانية المفتوحة لم يمكنهم من التعرف على القانون الروماني، فمن الثابت أن فقهاء الشريعة لم يطلعوا على هذا القانون ولو أنهم عرفوا منه شيئاً لأشاروا إليه في كتبهم الفقهية مؤيدين أو منكرين كما فعلوا فيما أخذوه من علوم الفلسفة والأدب والطب عن غيرهم من اليونان والفرس[١]، كما أنه لم تترجم نصوص القانون الروماني ولا شروحه إلى اللغة العربية لا من قبل فقهاء الشريعة ولا من غيرهم، ولو أنه حصل شيء من ذلك لعرف ذلك عنهم ولحفظ لنا التاريخ كتاباً واحداً أو رسالة واحدة نقلوها إلى العربية من قانون الرومان كما بقي لنا الكثير مما نقلوه من تراث الفرس الأدبي والعلمي بجانب ما نقلوه من تراث اليونان[٢]. والسبب في هذا الموقف السلبي من فقهاء الشريعة إزاء القانون الروماني وإعراضهم عنه وعدم الاهتمام به، هو اعتقادهم بحق أن الشريعة الإسلامية هي التشريع الكامل والقانون العادل الذي يحقق الخير والمصلحة والعدالة للناس، لأنه قائم على أساس الوحي الإلهي، ولهذا لم يشعروا بحاجة إلى دراسة القانون الروماني، بل ولم يروا داعياً إلى مجرد الاطلاع عليه.

والشق الثاني من دليلهم باطل أيضاً لأن الفقهاء المسلمين لم يعرفوا القانون الروماني كما قلنا، ولو عرفوه لما طبقوه، لأن الشريعة الإسلامية هي القانون الواجب التطبيق في دار الإسلام[٣]، فلا يسع القاضي المسلم أن يحكم بغير الشريعة الإسلامية، وكذلك لا يسع الفقيه المسلم أن يفتي بغير أحكام هذه الشريعة. وعلى هذا دل القرآن في آياته الكثيرة، منها: ﴿وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْكَٰفِرُونَ﴾ [المائدة: ٤٤]. ﴿وَأَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلْكِتَٰبَ بِٱلْحَقِّ مُصَدِّقًا لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ ٱلْكِتَٰبِ وَمُهَيْمِنًا عَلَيْهِ فَٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾ [المائدة: ٤٨]. ﴿وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَآءَهُمْ﴾ [المائدة: ٤٩]. وهذه الآيات وغيرها تفيد وجوب

(١) الموجز في تاريخ القانون للأستاذ عبد الرحمن البزاز ص ٢٧١، وفلسفة التشريع في الإسلام للدكتور صبحي محمصاني ص ١٩٥.

(٢) الفقه الإسلامي للدكتور محمد يوسف موسى ص ٨٧.

(٣) كتابنا أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام ص ٥٩٢ ـ ٥٩٤.

الحكم بما أنزل الله أي بالشريعة الإسلامية دون غيرها، وبهذا قال المفسرون[١]، وعليه إجماع الفقهاء من مختلف المذاهب الإسلامية[٢]، فلا يتصور الحكم بالقانون الروماني في ديار الإسلام من قبل الفقهاء المسلمين أو قضاتهم. وإذا فرض أن هناك بعض العلاقات القانونية والوقائع الجديدة التي صادفت الفقهاء في تلك البلاد وليس لها حكم صريح في نصوص الكتاب والسنة، فإن الفقهاء يتلمسون الأحكام الشرعية لها من مصادر الفقه التي أرشدت إليها الشريعة كالإجماع والقياس، وليس من هذه المصادر الإحالة إلى قانون أجنبي كالقانون الروماني.

ومع ظهور بطلان هذا الدليل وفساده، فإن من الممكن القول بأن فقهاء الشريعة وجدوا في الأقاليم الرومانية المفتوحة عادات وأعرافاً ألفها أهل تلك البلاد، فعرضها الفقهاء على أصول الشريعة وأحكامها وأقروا منها ما كان صحيحاً لا يخالف الشريعة كما فعلوا في عادات أهل البلاد الأخرى التي لم تكن خاضعة للحكم الروماني كالعراق وفارس. ورعاية فقهاء الشريعة لهذه العادات والأعراف الصحيحة وإقرارهم لها لا يرجع سببه إلى أن القانون الروماني اعتبرها واعتد بها ورعاها فهم يتابعونه في هذا المسلك، وإنما يرجع السبب إلى أن الشريعة الإسلامية تأمر برعاية العرف الصحيح والعادة الصحيحة[٣] كما فعلت بالنسبة لعادات العرب في الجاهلية حيث أقرت منها الصالح الذي لا يخالف أحكامها

---

(١) تفسير الطبري ج٦ ص ٢٦٨، تفسير الرازي ج١٢ ص ١١، تفسير ابن كثير ج٢ ص ٦١، ٦٦، تفسير المنار ج٦ ص ٣٣٩ ـ ٤٠٧، ٤٢٠ تفسير القرطبي ج٦ ص ١٨٦

(٢) في فقه الظاهرية المحلى ج٩ ص ٣٦٢، ٤٢٠، وفي فقه الزيدية شرح الأزهار ج٢ ص ٢٦٨ والبحر الزخار ج٥ ص ٣٦٦، وفي فقه الجعفرية جواهر الكلام، المجلد المطبوع سنة ١٢٨٧هـ، وسفينة النجاة ج٢ ص ٣٨٧، وفي فقه الحنابلة المغني ج ٨ ص ٥٣٥، ومنتهى الإرادات ج١ ص ٧٤٣، وكشاف القناع ج١ ص ٧٣١ ـ ٧٣٢، وفي فقه الشافعية الأم ج ٤ ص ١٢٩ ـ ١٣١ وج٥ ص ٢٥ وج٧ ص ٨٥ والمهذب ج٢ ص ٢٧٣، وفي فقه المالكية المدونة الكبرى ج٤ ص ١٦٢ وج٨ ص ٩٧ وشرح الخرشي ج٣ ص ٢٣٠، وفي فقه الحنفية إرشاد الأمة إلى أحكام الحكم بين أهل الذمة للشيخ محمد بخيت المطيعي ص ٢١، والجصاص ج٢ ص ٤٣٦، والكاشاني ج٧ ص ٣٤١، والهداية ج٨ ص ٤٨٨.

(٣) كتابنا الوجيز في أصول الفقه ص ٢٤٠ ـ ٢٤٤.

وأبطلت الفاسد الذي لا يتفق وهذه الأحكام، لأن في حمل الناس على غير ما ألفوه وتعودوا عليه من العادات الحسنة حرجاً شديداً وعنتاً كبيراً، ومن أصول الشريعة التخفيف والتيسير على الناس ورفع الحرج عنهم، قال تعالى: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾ [البقرة: ١٨٥] ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ أَن يُخَفِّفَ عَنكُمْ﴾ [النساء: ٢٨] ﴿مَا يُرِيدُ ٱللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُم مِّنْ حَرَجٍ﴾ [المائدة: ٦].

٨٢ ـ مناقشة دليلهم الرابع ونقضه:

في هذا الدليل يزعمون أن بعض نظم القانون الروماني تسربت إلى عادات العرب في الجاهلية نظراً إلى صلتهم بسكان الدولة الرومانية، كما تسربت هذه النظم إلى (التلمود) كتاب فقه الشريعة اليهودية، وحيث أن الإسلام أقر بعض نظم الجاهلية، وأن الفقهاء المسلمين اقتبسوا بعض أحكام التلمود، فإن معنى ذلك أن بعض نظم القانون الروماني تسربت إلى الشريعة الإسلامية وفقهها وصارت جزءاً من الاثنين. إن هذا الاستنتاج وما بني عليه من مقدمات غير صحيح، فليس هناك ـ كما يقول المستشرق الإيطالي نالينو Nallino ـ أيّ دليل على تسرب التشريعات الرومانية إلى الشريعة الإسلامية بواسطة العرب في الجاهلية[1]. والواقع أن العرب في الجاهلية كانوا على صلة بجيرانهم من سكان الدولة الرومانية تعيّن للتجار العرب الذين يفدون إلى الشام أسواقاً معينة لا يجوز لهم تجاوزها مثل العقبة وغزة وبصرى، ولذلك كان اتصالهم بشعوب الدولة الرومانية ضئيلاً، فضلاً عن تفشي الأمية في العرب وجهلهم باللغات الأجنبية، ولهذا كله لم يظهر لاتصال العرب بشعوب الإمبراطورية الرومانية أي أثر من الناحية القانونية[2]. أما التشبث بالتلمود فلا يفيدهم وليس فيه دليل على رأيهم من وجوه كثيرة، منها: (أ) أن القانون الروماني البيزنطي، بعد القرن الثالث الميلادي، هو الذي تأثر بالقانون اليهودي لبعض النظم القانونية الرومانية، ومعنى ذلك أن نظم القانون الروماني لم تنتقل إلى

(١) من محاضرة له بعنوان: في علاقات الفقه الإسلامي بالقانون الروماني، المنشور في مجلة المسلمون المجلد الخامس، ص ٥٧٤ وما بعدها.

(٢) الدكتور صوفي، المرجع السابق، ص ٢٥ ـ ٢٦.

الشريعة الإسلامية عن طريق القانون اليهودي. (ب) إن الأحكام الواردة في الشرائع السماوية السابقة لا تكون جزءاً من الشريعة الإسلامية، على الرأي الراجح، إلا إذا قام الدليل من الشرع الإسلامي على تشريعها بحق المسلمين. (جـ) توجد أحكام كثيرة في التلمود مخالفة لما هو مقرر في الفقه الإسلامي، من ذلك الزواج فهو عقد شكلي عند اليهود لا ينعقد إلا إذا توافرت فيه أشكال معينة مثل نطق العاقدين بعبارات خاصة باللغة العبرية، وكتابة العقد، وتقديسه عن طريق إقامة صلاة دينية خاصة يحضرها عدد معين من الرجال، ولا يجوز عقده في أيام الأعياد اليهودية ولا في أيام السبوت، بينما ينعقد عقد الزواج في الفقه الإسلامي بالتراضي وبحضور شاهدين ولا يشترط لعقده أشكال خاصة. والقانون اليهودي يبيح تعدد الزوجات بلا حد، بينما الشرع الإسلامي يبيحه إلى حد أربع زوجات، والمرأة المتزوجة في القانون اليهودي، لا تملك التصرف في أموالها إذ ليس لها أهلية التعاقد، وجميع ما تملك لزوجها يتصرف به كيف يشاء والشريعة الإسلامية تخالف القانون اليهودي في هذه المسألة، فهي تعترف للمرأة المتزوجة بكامل أهليتها وقدرتها على التصرف بأموالها دون حاجة إلى إذن من زوجها. والطلاق يقع في الشريعة الإسلامية دون اشتراط لشكل معين، بينما في القانون اليهودي لا بد لوقوعه من أشكال معينة مثل كتابته باللغة العبرية وأن لا يقع في أيام السبوت والأعياد. والوصية لأجنبي جائزة في الشريعة الإسلامية مع وجود الوارث بحدود الثلث، بينما لا تجوز الوصية في القانون اليهودي إلا عند عدم وجود ابن ذكر. والتركة تنقل إلى الورثة بما لها وعليها من حقوق قبل الميراث، بينما الحكم في الشريعة الإسلامية أن التركة تنتقل إلى الوارث غير مثقلة بالديون، بمعنى أن الوارث لا يلزم بدفع ديون الميت وإنما توفى من تركته أولاً فإن بقي منها شيء استحقه الوارث، وإن لم تف التركة بسداد الديون فلا يلزم الوارث بشيء والرضاع يعتبر من موانع الزواج في الشريعة الإسلامية، بينما لا يعتبر كذلك في القانون اليهودي. وعقوبات التعزير موجودة في الفقه الإسلامي ولا وجود لها في القانون اليهودي. ومن هذا العرض يتبين لنا أن القانون اليهودي يختلف عن الشريعة الإسلامية

اختلافات جوهرية، أما أوجه الشبه بينهما فتنحصر في بعض الأحكام الجزئية التي تبدو قليلة الأهمية إذا قورنت بالاختلافات. ومن هذا كله يظهر بطلان ادعائهم بتأثير القانون اليهودي في الفقه الإسلامي وبالتالي تأثر الأخير بالقانون الروماني[1].

٨٣ ـ مناقشة الدليل الخامس ونقضه:

واستدلالهم بتشابه بعض النظم القانونية الموجودة في الشريعة الإسلامية والقانون الروماني على تأثيره في الشريعة، استدلال ضعيف، من وجوه كثيرة[2] فهو، إذاً دليل ساقط مردود. ومن أدلة نقضه ورده:

أولاً ـ إن بعض هذه القواعد المتشابهة كقاعدة عبء الإثبات على المدعي، والتي جاء مثلها في الشريعة «البينة على من ادعى واليمين على من أنكر» وقاعدة تحريم أخذ مال الغير بغير حق، تعتبر من القواعد الشائعة في جميع الشرائع التي يهتدي إليها العقل السليم وتقضي بها العدالة، وإغفالها في أي تشريع يدل على قصوره وعدم عدالته. ومن ثم لا يدل هذا التشابه في هذا النطاق على أن الشريعة اللاحقة أخذت من السابقة.

ثانياً ـ التشابه الموجود في بعض النظم القانونية بين شريعتين لا يدل حتماً على أن إحداهما أخذت هذه النظم من الأخرى، إذ قد يكون ناشئاً من تشابه الظروف الاجتماعية التي مرت بها كل من الشريعتين. كما أن العقول السليمة تتشابه في كثير من أنواع التفكير، وهذا أمر طبيعي في الأمم جميعاً فلا يصح لمجرد هذا التشابه القول بأن هذه الشريعة نقلت عن الأخرى وليس العكس. وإذا كان لا بد من القول

---

(١) الدكتور صبحي محمصاني، فلسفة التشريع في الإسلام، ص ١٩٥ ـ ١٩٦، الدكتور صوفي، المرجع السابق، ص ٦٣ وما بعدها.

(٢) الدكتور علي البدوي، أبحاث في تاريخ الشرائع، المنشور في مجلة القانون والاقتصاد المصرية السنة الأولى ص ٧٣٤ وما بعدها، مذكرات في تاريخ القانون للأستاذ عبده حسن الزيات ص ١٤٠ وما بعدها، الفقه الإسلامي للدكتور محمد يوسف موسى ص ٨٧ وما بعدها، الدكتور صوفي، المرجع السابق، ص ١٠٠ وما بعدها. الأستاذ عبد الرحمن البزاز، المرجع السابق، ص ٢٦٧ وما بعدها. والدكتور صبحي محمصاني، المرجع السابق ص ١٨٩ ـ ١٩٤.

بالأخذ والاقتباس في هذه الحالة فالصحيح أن يقال: إن القانون الروماني أخذ من فقه الشريعة الإسلامية تطبيقاً لمبدأ اجتماعي صحيح وهو أن الأمة المغلوبة هي التي تقتبس من تشريعات الأمة الغالبة وليس العكس(١).

ثالثاً ـ بالرغم من هذا التشابه الظاهري في بعض النظم القانونية، فهناك اختلافات كثيرة ومهمة بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني تدل بوضوح على استقلال كل منهما عن الآخر واختلافهما في مصادر الأحكام. ففي القانون الروماني نظم لا وجود لها في الشريعة الإسلامية مثل:

(أ) نظام السلطة الأبوية، وهذه السلطة يملكها رب الأسرة على أولاده وأولاد أولاده من الذكور، وعلى الأولاد بالتبني وعلى الأولاد غير الشرعيين الممنوحين البنوة الشرعية. وهذه السلطة مطلقة تقع على شخص الخاضع لها وتمتد إلى كل ما يكسبه من مال. وهي دائمة تبقى ما دام رب الأسرة حياً متمتعاً بالشخصية القانونية ومهما كانت سن الولد. وبالرغم من تهذيب هذه السلطة وتخفيف شدتها، فقد بقيت لها آثار قاسية منها إبقاء حق رب الأسرة في بيع أولاده في حالة الضرورة القصوى، وبقاء رب الأسرة هو المالك لأموال الأسرة والمتصرف فيها وإن منع من حرمان ورثته دون وجه حق(٢).

(ب) الزواج مع السيادة: وهذا النوع من الزواج يتم بطريق الزواج الديني، أو بطريق الشراء، أو بطريق معاشرة الزوج لزوجته، التي لم يتزوجها بإحدى الطريقتين السابقتين، مدة سنة تكسبه السيادة عليها. ومن آثار هذا الزواج أن الزوجة تنتقل من عائلتها الأصلية إلى عائلة زوجها وتعتبر بحكم الميتة بالنسبة لعائلتها الأصلية وتسقط جميع الحقوق المترتبة على صلتها بعائلتها من إرث ووصاية وقوامة، وتصبح في عائلة زوجها كأنها بنت له وأخت لأولادها منه ترث زوجها بناء على هذا الاعتبار. وتخضع لسيادة زوجها، وتشبه هذه السيادة السلطة الأبوية، فللزوج

---

(١) مقدمة ابن خلدون ص ١٤٧.

(٢) مبادئ القانون الروماني، للدكتور عبد المنعم البدراوي والدكتور محمد عبد المنعم بدر ص٢١١، ٢٢١، ٢٢٢، ٢٢٣.

بيعها، ويتملك ويكتسب عنها الحقوق، ويأخذ الزوج ما يكون عندها من مال عند الزواج[1].

(ج) التبني: وهو نظام قانوني يقصد به إيجاد السلطة الأبوية عن طريق إيجاد علاقة نسبية مصطنعة بين المتبني والمتبنى، وهو ينتج نفس آثار البنوة النسبية الصحيحة بالنسبة للمتبني كما له آثار بالنسبة لشخص المتبنى وأمواله، فيدخل المتبنى في عائلة من تبناه ويخضع لسلطته وتؤول إليه أمواله[2].

(د) والقانون الروماني حرم الهبات بين الزوجين:

رابعاً ـ توجد في الشريعة الإسلامية نظم قانونية لا مثيل لها في القانون الروماني مثل نظام الوقف الخيري ونظام الشفعة، واعتبار الرضاع مانعاً من الزواج، ونظام الحسبة وهي وظيفة اجتماعية تقابل نظام النيابة العمومية ووظائف البلدية في الوقت الحاضر، ونظام التعزير في العقوبات، وحوالة الدين، فهي جائزة في الشريعة الإسلامية، وغير جائزة في القانون الروماني. كما توجد نظم قانونية مشتركة ولكنها تختلف في قواعدها، كنظام الزواج، فهو فردي في القانون الروماني، ومتعدد في الشريعة الإسلامية إلى حد أربع زوجات. ونظام الطلاق حق لكل من الزوجين في القانون الروماني، وهو في الشريعة الإسلامية حق للزوج وحده دون الزوجة إلا إذا اشترطته لنفسها في عقد الزواج، كما يجوز لها طلب التفريق في حالات معينة كإضرار الزوج بها. ونظام الميراث وفيه اختلافات جوهرية، فالفروع مقدمون على الأصول في القانون الروماني ولا يرثون مع الفروع، وعند عدم وجود الفرع ينتقل الإرث إلى الأصول ويشاركهم فيه الإخوة الأشقاء ويكون للذكر مثل نصيب الأنثى. أما في الشريعة الإسلامية فإن الأصل يرث مع الفرع، ونصيب الذكر مثل حظ الأنثيين كقاعدة عامة. وفي انتقال التركة إلى الورثة، تنتقل حقوق والتزامات المورث إلى الورثة ويلزمون بدفع ديون مورثهم، إذا قبلوا التركة، ولو كان هذا الدفع من أموالهم الخاصة. أما في الشريعة الإسلامية فإن المبدأ هو «لا تركة إلا

---

(1) الدكتور البدراوي، المرجع السابق، ص ٢٣٢ ـ ٢٣٥.

(2) الدكتور البدراوي، المرجع السابق، ص ٢١١ ـ ٢١٥.

بعد سداد الدين» أي أن ديون الميت تسدد من تركته أولاً وما بقي من التركة يؤول إلى الورثة، وإذا لم تف التركة بسداد ديون الميت فإن الورثة لا يلتزمون بأدائها. والمهر من أحكام عقد الزواج، ولكنه عند الرومان تدفعه الزوجة أو أحد ذويها إلى الزوج بينما في الشريعة الإسلامية يدفعه الزوج إلى الزوجة.

خامساً ـ القانون الروماني في نظمه المختلفة قائم على إجراءات رسمية وأوضاع شكلية، وبالرغم من تطوره فإنه لم يصل إلى إلغاء هذه الشكليات كمبدأ عام تقوم عليه سائر النظم القانونية فيه، فالملكية لا تنتقل بين الطرفين بمجرد الاتفاق دون اتباع إجراءات شكلية، والتزام الطرفين بموجب عقد جستنيان، بل ولم يقرر اعتبار التزام المتعاقدين بمجرد الرضا وانتقال الملكية بمجرد الاتفاق من المبادئ العامة إلا في قانون نابليون الفرنسي في أوائل القرن التاسع عشر. وبخلاف هذا في الشريعة الإسلامية فهي قائمة على البساطة في التعامل ومتجردة عن الشكليات منذ نشأتها، فلا يشترط فيها لإتمام العقد صيغة رسمية ولا توجب لانتقال الملكية وضعاً خاصاً وإنما يتم الالتزام بموجب العقد وتنقل المكلية بمجرد الاتفاق الخالي من الإجراءات الشكلية.

سادساً ـ المبدأ العام السائد في القانون الروماني هو الفصل بين القانون والأخلاق، ومن أمثلة ذلك النصوص الصريحة الواردة في موسوعة جستنيان التي تقرر صراحة أن إساءة استعمال الحق لا يعتبر فعلاً غير مشروع. وبخلاف هذا المبدأ، تقوم قواعد الشريعة الإسلامية على معان أخلاقية، وتسمح لتسرب المبادئ الأخلاقية إلى نظمها القانونية، وقد أدى هذا الاختلاف إلى اختلاف في بعض النظم القانونية وإلى وجود نظريات في الشريعة لا وجود لها في القانون الروماني، فالقانون الروماني أقر نظام التقادم كطريقة لكسب الملكية بشروط معينة لضعف الصلة فيه بين القانون والأخلاق، بينما رفضت الشريعة الإسلامية إقرار هذا المبدأ لأن المعاني الأخلاقية السائدة فيها لا تسمح بتحول الغصب إلى حق، ولا تسمح أن يكون مضي المدة لذاته مكسباً أو مسقطاً للحقوق. وفي الشريعة الإسلامية قامت نظريات قانونية أساسها الاعتبارات الأخلاقية، منها نظرية سوء استعمال الحق، فاستعمال الحق مقيد بعدم الإضرار بالغير، فليس في الشريعة حقوق مطلقة، بل

مقيدة دائماً بقيد ضمني هو عدم الإضرار بالغير، وهذه النظرية تعتبر من أحدث النظريات في القوانين الحديثة، ومن تطبيقاتها في الفقه الإسلامي أن الجار ليس له أن يستعمل حقه في ملكه استعمالاً يلحق ضرراً فاحشاً بجاره. ومثل نظرية الضرورة وتشبهها إلى حد كبير نظرية الظروف الطارئة التي ظهرت مؤخراً في القانون الإداري الفرنسي وأخذت تمتد إلى فروع القانون الأخرى، ومن تطبيقاتها في الفقه الإسلامي أن الزرع إذا هلك بآفة سماوية فإن الخراج «ضريبة على الأرض الزراعية» يسقط ويعلل الفقهاء هذا الحكم بأن صاحب الأرض مصاب فيستحق المعونة، ولأنه ظهر أنه لم يتمكن من استغلال الأرض[1].

٨٤ ـ الخلاصة:

ويخلص لنا من جميع ما تقدم أن الشريعة الإسلامية لا علاقة لها بالقانون الروماني، فقد نشأت مستقلة عنه، ونما فقهها وازدهر بمعزل عن هذا القانون الذي بدأ على شكل عادات، واستمدت أحكامها من مصادر خاصة ليس منها الإحالة إلى قانون أجنبي، وحسب قواعد مضبوطة قام على أساسها علم أصول الفقه. وما أصدق كلمة الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، وهو يقارن بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني: «فإن هذا القانون بدأ عادات، كما قدمنا، ونما وازدهر عن طريق الدعوات والإجراءات الشكلية. أما الشريعة الإسلامية فقد بدأت كتاباً منزلاً من عند الله ونمت وازدهرت عن طريق القياس المنطقي والأحكام الموضوعية..إلا أن فقهاء المسلمين امتازوا عن فقهاء الرومان، بل امتازوا على فقهاء العالم باستخلاصهم أصولاً ومبادئ عامة من نوع آخر هي أصول استنباط الأحكام من مصادرها وهذا ما سموه بعلم أصول الفقه»[2]. فالخلاف جوهري بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني، إذ تقوم الشريعة على أساس الوحي الإلهي وهذا من أبرز ما يميز الشريعة عن غيرها ويجعل الفرق هائلاً بينها وبين القانون الروماني وغيره من القوانين الوضعية، وفي هذا يقول العالم الفرنسي زيس Zeys بحق: «إني أشعر حينما أقرأ في كتب الفقه الإسلامي أني قد نسيت كل ما أعرفه

(١) كتابنا أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام ص ١٧١.
(٢) أصول القانون للدكتور السنهوري ص ١٣٢.

عن القانون الروماني... وأصبحت أعتقد أن الصلة منقطعة بين الشريعة الإسلامية وبين هذا القانون، فبينما يعتمد قانوننا على العقل البشري تقوم الشريعة على الوحي الإلهي.. فكيف يتصور التوفيق بين نظامين قانونيين وصلا إلى هذه الدرجة من الاختلاف»[١] والشريعة الإسلامية بعد هذا وذاك احتوت على نظم قانونية لم يصل إليها القانون الروماني حتى في آخر عصور تطوره، فمبدأ النيابة في التصرفات القانونية بمعنى أن الشخص يصح أن ينيب عنه غيره في مباشرة التصرف[٢] من المبادئ المعترف بها في التشريعات الحديثة ولم يسلم به القانون الروماني حتى في عهد جستنيان وإن كان هناك عندهم في أواخر عصور القانون الروماني بعض الاستثناءات أجازوا فيها النيابة الكاملة[٣]. ومن أجل هذا كله ونظراً لواقع الشريعة الإسلامية التي يميزها عن غيرها ويدل كل ما فيها على أنها قائمة بذاتها غير مستمدة من غيرها ولا متأثرة به قال الدكتور شفيق شحاتة بحق: «ونلاحظ هنا فقط فشل المحاولات التي ظهرت قديماً وحديثاً لإثبات استمداد التشريع الإسلامي من القانون الروماني»[٤]، بل إن بعض الكتاب المحدثين يذهب إلى أن القانون الروماني مستمد من الفقه الإسلامي عن طريق ترجمة هذا الفقه في إسبانيا من اللغة العربية إلى اللغة اللاتينية[٥]. ويرجع البعض الآخر إلى أن شراح القانون الروماني في أيام النهضة العلمية الأوروبية الذين تخرجوا من مدرسة بولونيا الإيطالية وغيرها من المدارس الأوروبية قد أدخلوا في شروحهم للقانون الروماني بعض النظم القانونية في الفقه الإسلامي التي وصلتهم عن طريق الأندلس وغيرها[٦].

---

(١) الدكتور صوفي، المرجع السابق، ص ١٠٩.

(٢) ستتكلم عن النيابة عند الكلام عن نظام العقد في الشريعة الإسلامية.

(٣) الدكتور شفيق شحاته، النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية ج١ ص ٩٠، ومبادئ القانون الروماني للدكتور عبد المنعم البدراوي والدكتور محمد عبد المنعم بدر ص ٥٦٠ ـ ٥٦١.

(٤) الدكتور شفيق شحاته، المرجع السابق ص ٦٧.

(٥) هذا ما ذهب إليه الأستاذ أبو الفضل الجرقاداني الإيراني، نقلاً عن الموجز في تاريخ القانون للأستاذ عبده حسن الزيات، هامش ص ١٤٥ ـ ١٥٢.

(٦) الدكتور صبحي محمصاني، فلسفة التشريع في الإسلام ص ١٩٣ ـ ١٩٤.

الفصل الخامس

شرح بعض القواعد الكلية في الفقه الإسلامي

٨٥ ـ تمهيد:

القاعدة في اللغة الأساس، وفي اصطلاح الفقهاء حكم كلي ينطبق على جميع جزئياته أو أكثرها لتعرف أحكامها منه[١]. وفي الفقه الإسلامي جملة كبيرة من هذه القواعد التي تعتبر كل قاعدة منها ضابطاً وجامعاً لمسائل فقهية كثيرة[٢]. وقد استخرج الفقهاء هذه القواعد بتتبعهم مسائل الفقه وفروعه وإرجاعهم كل مجموعة منها إلى قاعدة عامة يسري حكمها العام على جميع أو أكثر جزئيات هذه المجموعة التي تتشابه فيها هذه الجزئيات ببعض المعاني.

وهذه القواعد الفقهية تختلف عن قواعد أصول الفقه، لأن قواعد الأصول تضع المناهج وتبين المسالك التي يلتزم بها الفقيه لاستنباط الأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية[٣]، أما القواعد الفقهية فهي من قبيل المبادئ العامة في الفقه الإسلامي التي تتضمن أحكاماً شرعية عامة تنطبق على الوقائع والحوادث التي تدخل تحت موضوعها[٤]. وهذه القواعد لها مكانة عظيمة في الفقه الإسلامي فهي تساعد على تكوين الملكة الفقهية عند طالب الفقه، وتعين على معرفة أحكام الجزئيات، وتوضح التصورات والأفكار القانونية في الفقه الإسلامي... وقد نوه بفضلها وعظيم فائدتها غير واحد من الفقهاء كالفقيه المشهور القرافي إذ يقول: «.. والقسم الثاني

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم وشرحه للحموي ص ٢٢.
(٢) دور الحكام شرح مجلة الأحكام للأستاذ علي حيدر ص ١٥.
(٣) كتابنا الوجيز في أصول الفقه ص ١١.
(٤) المدخل الفقهي العام للأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء ص ٦٣٣.

قواعد كلية فقهية جليلة كثيرة العدد عظيمة المدد مشتملة على أسرار الشرع وحكمه، لكل قاعدة من الفروع في الشريعة ما لا يحصى وهذه القواعد مهمة في الفقه عظيمة النفع ويقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه ويشرف»[١]. ومما يلاحظ في هذه القواعد أنها صيغت صياغة قانونية وبأسلوب رصين وعبارة بليغة وتركيب محكم. وسنذكر في هذا الفصل بعض القواعد الفقهية مع شرح موجز لها.

القاعدة الأولى: الأمور بمقاصدها

٨٦ ـ الأصل في هذه القاعدة الحديث الشريف: «إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى...»[٢]. والمقصود بهذه القاعدة أن الأحكام الشرعية في أمور الناس تتكيف حسب قصدهم من إجرائها، فقد يعمل الإنسان عملاً بقصد معين فيترتب على عمله حكم، ثم قد يعمل مثله بقصد آخر فيترتب على عمله حكم آخر[٣].

ومن تطبيقات هذه القاعدة: أن ملتقط اللقطة يعتبر أميناً لا ضمان عليه إذا تلفت في يده بدون تعد منه أو تقصير إذا كان قصده من التقاطها حفظها وردها إلى صاحبها، ويعتبر غاصباً إذا كان التقاطها بقصد تملكها فيضمن هلاكها وتلفها ولو بدون تعد منه أو تقصير. والبيع بلفظ الفعل المضارع بقصد الحال لا الاستقبال ينعقد به عقد البيع، كقول البائع: «أبيعك فرسي»، وإذا قصد به الاستقبال لا ينعقد البيع.

وكما أن الفعل يتكيف حكمه ـ في أحكام الدنيا ـ بناء على قصد فاعله، فكذلك يتغير حكمه من جهة وصفه بالحل والحرمة بناء على قصد فاعله، كالنكاح مستحب وسنة من سنن الإسلام ولكن يحرم إذا كان بقصد مضارة الزوجة أو ظلمها. وإمساك الزوجة أحب إلى الله من تسريحها إذا كان الإمساك بقصد إبقاء الحياة الزوجية والقيام بحقوقها، ويحرم هذا الإمساك إذا كان بقصد الإضرار بالمرأة، قال تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا۟ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣١].

---

(١) الفروق للقرافي ص ٢ ـ ٣.

(٢) رياض الصالحين للنووي ص ١٢ ـ ١٣.

(٣) شرح المجلة للأستاذ منير القاضي ص ٥٤.

ويلاحظ هنا، كما هو المفهوم من هذه القاعدة، أن النية المجردة، أي التي لا يقترن بها فعل، لا يترتب عليها حكم، فمن نوى طلاق زوجته لا يقع طلاقه[1]، ومن نوى بيع داره أو هبته ولم ينطق بلسانه بما يدل على نيته فإن ما نواه لا يقع.

القاعدة الثانية

العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني

٨٧ ـ وهذه القاعدة تشملها القاعدة السابقة لأن العقود[2] من جملة الأمور التي يباشرها الإنسان، وحيث أن المنظور إليه في ترتيب الأحكام على هذه الأمور هو ما قصده فاعلها منها، فكذلك الحكم في العقود، فلا تترتب الأحكام في العقود على مجرد الألفاظ أي على مطلق المعاني التي تحملها وإنما تترتب على المقاصد والمعاني الحقيقية التي يقصدها العاقدان من الألفاظ المستعملة في صيغة العقد لأن القصد الحقيقي من الكلام هو المعنى، وإن المقاصد هي حقائق العقود وقوامها وإنما اعتبرت الألفاظ لدلالتها على المقاصد، فإذا ظهر القصد كان الاعتبار له وتقيد اللفظ به وترتب الحكم بناء عليه. ولكن لا يعني هذا إهمال الألفاظ بالكلية لأنها قوالب المعاني والمعبرة عنها، فتراعى أولاً معاني الألفاظ الظاهرة وإذا تعذر الجمع بينها وبين المعاني التي قصدها العاقدون في عقودهم فإنه يصار إلى المعاني المقصودة ويهمل جانب الألفاظ. ويعرف قصد العاقدين من العبارات الملحقة بصيغة العقد أو قرينة الحال فهي التي توضح القصد منه، وعلى هذا لا بد من وجود مناسبة بين الصيغة والمعنى المقصود ليمكن اعتبار العبارات اللاحقة بصيغة العقد موضحة للقصد[3]. ومن فروع هذه القاعدة[4]:

(أ) الهبة بشرط العوض بيع: فمن قال لآخر وهبتك هذه الفرس بخمسين ديناراً فقبل الآخر كان العقد بيعاً وإن كانت الصيغة بلفظ الهبة.

---

(١) الأستاذ علي حيدر، المرجع السابق، ص ١٩.
(٢) العقد هو ارتباط إرادتين على إنشاء التزام أو نقله أو إنهائه كما سنفصل هذا فيما بعد.
(٣) الأستاذ منير القاضي، المرجع السابق، ص ٥٦.
(٤) الأستاذ علي حيدر، المرجع السابق، ص ١٩.

(ب) الإعارة بشرط العوض إجارة: فمن قال لآخر أعرتك سيارتي بخمسة دنانير لتسافر بها إلى المحل الفلاني فقبل الآخر، كان العقد إيجاراً لا إعارة ولو أن الإيجاب كان بلفظ الإعارة.

(ج) الحوالة بشرط عدم براءة الأصيل كفالة: فلو قال شخص لآخر أحلتك بما لك من دين بذمتي على فلان على أن تبقى ذمتي مشغولة بدينك حتى يدفع المحال عليه الدين، فالعقد هنا عقد كفالة لا حوالة لأن الحوالة نقل دين من ذمة إلى ذمة ولم ينتقل هنا.

القاعدة الثالثة: الأصل في الكلام الحقيقة

٨٨ ـ الحقيقة استعمال اللفظ في المعنى الذي وضع له مثل كلمة (أسد) للحيوان المعروف. والمجاز استعمال اللفظ في غير ما وضع له بشرط أن يكون بين المعنى الحقيقي والمجازي علاقة مع وجود قرينة صارفة عن إرادة المعنى الحقيقي كإطلاق كلمة (نور) على الإسلام أو على العلم.

ومعنى القاعدة أن الراجح حمل الكلام على معناه الحقيقي لا المجازي إلا إذا تعذر إرادة المعنى الحقيقي فيصار إلى المجاز. وعلى هذا الأساس تفسر عقود الناس وتصرفاتهم، فمن قال: وقفت داري على أولادي ثم على الفقراء فإن الوقف ينصرف إلى الأولاد الصّلبيين ولا يشمل الأحفاد، لأن كلمة (أولاد) حقيقة في الأولاد الصُّلبيين وتستعمل مجازاً في الأحفاد[١]. ولكن لو لم يكن للواقف حين العقد أولاد صلبيون، بل كان له أحفاد فإن الوقف ينصرف إليهم لتعذر حمله على الأولاد الصلبيين لعدم وجودهم[٢].

القاعدة الرابعة: إعمال الكلام اولى من إهماله

٨٩ ـ يعني لا يجوز إهمال الكلام واعتباره بدون معنى ما أمكن حمله على معنى حقيقي أو مجازي. وبما أن الأصل في الكلام الحقيقة فما لم يتعذر حمل الكلام

---

(١) جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٥.

(٢) علي حيدر، المرجع السابق، ص ٢٧.

على معناه الحقيقي لا يحمل على المجاز. واللفظ المراد إعماله إذا كان مما يحتمل التأكيد والتأسيس فحمله على التأسيس أولى لأن التأسيس يفيد معنى جديداً لم يتضمنه اللفظ السابق، والتأكيد يفيد إعادة معنى اللفظ السابق. وعلى هذا لو أقر شخص بأنه مدين لآخر بعشرة دنانير دون أن يذكر سبب الدين وأعطى للدائن سنداً بذلك، ثم أقر بعد ذلك للشخص نفسه مرة ثانية بعشرة دنانير وعمل له سنداً ولم يبين سبب الدين، فإن إقراره يحمل في الحالتين على تأسيس، أي يعتبر دين السند الثاني غير الأول[1]. وإذا تعذر إعمال الكلام يهمل، أي إذا لم يمكن حمله على المعنى الحقيقي ولا المجازي يهمل، كما لو ادعى شخص في حق من هو أكبر منه سناً بأنه ابنه.

القاعدة الخامسة

لا ينسب إلى ساكت قول، لكن السكوت في معرض الحاجة بيان

٩٠ ـ يعني: لا يعد ساكتاً أنه قال كذا، ولكن السكوت فيما يلزم التكلم به إقرار وبيان. فهذه القاعدة تتضمن أمرين: «الأول» لا ينسب إلى ساكت قول، فإذا أتلف شخص مال آخر بحضوره وسكت فلا يعتبر ذلك من صاحب المال إذناً بإتلاف المال. و«الثاني» السكوت في معرض الحاجة بيان، فمن ترك مالاً عند آخر قائلاً له: إن هذا المال وديعة عندك وسكت المستودع انعقدت الوديعة. وسكوت البنت البكر عند استئذانها من قبل وليها في الزواج يعتبر هذا السكوت رضاً منها بالزواج.

القاعدة السادسة: لا مساغ للاجتهاد في معرض النص

٩١ ـ الاجتهاد في اصطلاح الفقهاء: صرف وبذل الطاقة والقدرة للوصول إلى الحكم الشرعي من دليله الشرعي. ومعنى القاعدة أن الاجتهاد يكون في المسائل التي لم يرد في الشريعة نص صريح بشأنها، أما ما ورد النص الصريح بحكمه فلا يجوز الاجتهاد فيه. فمثلاً ورد النص بتحريم الربا فلا يجوز الاجتهاد في حله. وورد النص بأن للذكر مثل حظ الأنثيين في الميراث فلا يجوز الاجتهاد بإعطاء الذكر مثل نصيب الأنثى.

---

(١) علي حيدر، المرجع السابق، ص ٥٣.

القاعدة السابعة: اليقين لا يزول بالشك

٩٢ ـ اليقين لغة قرار الشيء واصطلاحاً حصول الجزم بوقوع الشيء أو عدم وقوعه. وينزل الظن الغالب منزلة اليقين في الحكم. أما الشك فمعناه في اللغة التردد واصطلاحاً تردد الفعل بين الوقوع وعدمه، أي لا يوجد مرجح لأحد على الآخر[١]. فمعنى هذه القاعدة أن الشيء المتيقن لا يزول بالشك الطارئ عليه وإنما يزول بيقين مثله. ومن فروع هذه القاعدة أن ثبوت الدين بذمة إنسان لا يزول إلا بثبوت إبراء الدائن له أو أدائه من المدين. ومن ثبت نكاحه فلا تزول الزوجية عنه إلا بيقين. ومن تملك عيناً بسبب شرعي فلا تزول ملكيته إلا بثبوت ما يزيلها[٢]. ففي جميع هذه الأمثلة نلاحظ ثبوت شيء يقيناً فيبقى هذا الشيء المتيقن إلا إذا قام الدليل على انتفائه، أما مجرد الشك فلا يقوى على زعزعة اليقين فلا يعتد به.

القاعدة الثامنة: الأصل براءة الذمة

٩٣ ـ الذمة وصف شرعي يصير به الإنسان أهلاً لما له وعليه من الحقوق. ومعنى القاعدة أن الأصل هو عدم انشغال ذمة الإنسان بحق لآخر، لأن كل شخص يولد وذمته بريئة من أي حق للغير، وإن انشغالها يحصل بالتصرفات التي يجريها مع الآخرين. قد أخذ بهذه القاعدة في القضايا المدنية والجزائية، فمن ادعى على غيره ديناً فالأصل عدمه إلا إذا أثبت المدعي ذلك. والمتهم بريء حتى تثبت إدانته، ومن هنا جاء القول: الشك يفسر لمصلحة المتهم[٣]، لأن الأصل براءته ومع حصول الشك في إدانته نرجح جانب البراءة فنفسر الشك لمصلحته. وحتى لو حصل خطأ في هذا الاتجاه فإن الخطأ في براءة متهم خير من الخطأ في إدانة بريء.

القاعدة التاسعة
البينة على من ادعى واليمين على من أنكر

٩٤ ـ البينة، على ما هو الشائع عند الفقهاء، هي الشهادة العادلة التي تؤيد

---

(١) علي حيدر، المرجع السابق، ص ٢٠.
(٢) كتابنا الوجيز في أصول الفقه ص٢٥٩.
(٣) كتابنا الوجيز في أصول الفقه ص ٢٦٠.

صدق دعوى المدعي(١). والتحقيق أن البينة غير مقتصرة على الشهادة بل تشمل كل ما يبين الحق ويظهره(٢). وهذه القاعدة يؤيدها العقل السليم، لأن ادعاء المدعي خلاف الظاهر، إذ أن الأصل براءة الذمة، فعليه أن يثبت صحة دعواه فإذا ظهر صدقه بطريق من الطرق حكم له وإذا عجز عن الإثبات وتقديم البينة على صدق دعواه وأنكر المدعى عليه الدعوى فإنه يحلف اليمين فإذا حلف فلا شيء عليه غير هذا وردت دعوى المدعي لظهور صدق المدعى عليه(٣).

القاعدة العاشرة: ما حرم لخذه حرم إعطاؤه

٩٥ ـ إعطاء الحرام للغير أو أخذه من الغير سواء في الحرمة. لأن المطلوب شرعاً إزالة المنكر والفساد والمحرمات، فإذا عجز الإنسان عن المساهمة في إزالة هذه المفاسد فلا أقل من أن يمتنع عن المساهمة في زيادتها والمعاونة على وقوعها. وعلى هذا لا يجوز إعطاء الرشوة كما لا يجوز أخذها، جاء في الحديث الشريف عن النبي ﷺ: «لعن الله الراشي والمرتشي»، وكذلك الربا لا يجوز التعامل به أخذاً أو عطاء، جاء في الحديث الشريف عن النبي ﷺ: «لعن الله آكل الربا وموكله».

القاعدة الحادية عشرة
التصرف على الرعية منوط بالمصلحة

٩٦ ـ الرعية عموم الناس الذي هم تحت ولاية الولي، كالسلطان والحاكم، وسائر ولاة الأمور، فمن يلي من أمور الناس شيئاً فعليه أن يتصرف فيها التصرف الذي يحقق المصلحة لهم، لأنه ما ولي هذا الأمر وما أعطي السلطة إلا لخدمة المواطنين وإقامة العدل فيهم وتحقيق الخير والمصلحة لهم. فهذه القاعدة تبين أصلاً عظيماً من أصول السياسة الشرعية والحكم الصالح. وبناء على هذه القاعدة

---

(١) علي حيدر، المرجع السابق، ص ٤٥.

(٢) الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية ص ٢٣.

(٣) جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٢٩٢.

لا يجوز لولي الأمر أن يعين في الوظائف العامة إلا الكفؤ الأمين، فقد جاء في الحديث الشريف عن النبي ﷺ: «من ولي من أمر المسلمين شيئاً فولى رجلاً وهو يجد من هو أصلح للمسلمين منه فقد خان الله ورسوله»[١]. ولا يجوز لولي الأمر السماح بشيء من المفاسد المحرمة شرعاً كالفسق والخمر والقمار ولو بحجة جباية الأموال والضرائب[٢].

القاعدة الثانية عشرة: لا ضرر ولا ضرار

٩٧ ـ تشتمل هذه القاعدة على حكمين:

الأول: لا يجوز الإضرار ابتداء، أي لا يجوز للإنسان أن يضر شخصاً آخر في نفسه أو ماله لأن الضرر ظلم والظلم محرم في جميع الشرائع. والضرر الممنوع هو الضرر الفاحش مطلقاً، أي حتى لو نشأ من قيام الإنسان بالأفعال المباحة، كمن يحفر في داره بئراً أو بالوعة ملاصقة لجدار جاره، أو يبني جداراً يمنع النور عن جاره. وكذلك يمنع الضرر الناشئ من فعل غير مشروع كمن يحفر حفرة في الطريق العام. أما الضرر غير الفاحش إذا نشأ من فعل مشروع فليس بممنوع، كما لو بنى شخص جداراً في داره سد نافذة من نوافذ غرفة جاره[٣].

الثاني: لا يجوز مقابلة الضرر بالضرر وهذا معنى لا ضرر ولا ضرار. إذ على المتضرر أن يراجع القضاء لتعويض ضرره، وعلى هذا فمن أتلف مال غيره لا يجوز للغير أن يتلف مال المتلف، بل عليه مراجعة المحكمة لتعويضه عن الضرر. ويلاحظ هنا أن مقابلة الضرر بالضرر قد تكون مباحة أو واجبة كما في العقوبات التي يوقعها أولو الأمر بالمجرمين، فإن العقاب ضرر لا شك فيه يقابل ضرر إجرامهم ولكن الشريعة أباحته وأوجبته لزجر المجرمين وتأديبهم ومنه الاعتداء على الناس.

---

(١) السياسة الشرعية للإمام ابن تيمية ص ٤ وما بعدها.

(٢) المدخل الفقهي العام للأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء ص ٧٠١.

(٣) الأستاذ منير القاضي، شرح المجلة ص ٨٠.

القاعدة الثالثة عشرة: الضرر يزال

٩٨ ـ الضرر ظلم، كما قلنا، فتجب إزالته، وعلى هذه القاعدة بنيت فروع كثيرة، منها رد المبيع بالعيب، والحجر على الصغير والمجنون، وتشريع نظام الشفعة، وضمان المتلفات، وقمع الفتن وقتال البغاة، واتخاذ التدابير الوقائية لمنع انتشار الأوبئة والأمراض، وبيع مال المدين المماطل جبراً عليه لإيفاء الدين، ومنع من ينشئ في داره مدبغة تؤذي الجيران ونحو ذلك. ولكن الضرر إذا وجبت إزالته فإنه لا يزال بمثله، كما نطقت بهذا قاعدة أخرى، فلا يجوز إزالة ضرر بإحداث ضرر مثله أو أشد، وعلى هذا ليس للمشتري أن يرد المبيع بالعيب القديم إذا حدث فيه عيب جديد. كما أن الضرر يزال بقدر الإمكان أي يجب أن ندفعه بالوسيلة الممكنة لدفعه، كمن يفتح شباكاً مطلاً على مقر نساء جاره فإنه يكلف بسده فإذا وضع عليه ستارة ثابتة تكفي لسده فقد أزال الضرر.

القاعدة الرابعة عشرة
يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام

٩٩ ـ الضرر العام يصيب عموم الناس، والضرر الخاص يصيب فرداً واحداً أو فئة قليلة، ولهذا كان هذا الضرر دون الضرر العام، ولهذا يدفع الضرر العام وإن استلزم هذا الدفع إيقاع ضرر خاص، وعلى هذه القاعدة بنيت أحكام كثيرة منها منع المفتي الماجن والطبيب الجاهل وإن كان في هذا المنع ضرر لهما. وجواز هدم البيوت لمنع سريان الحريق، وتحديد أسعار المواد الغذائية وسائر المواد التي يحتاجها الناس عند طمع التجار في زيادة أثمانها واحتكارها. ومنع إخراج بعض المواد من بلدة إلى أخرى إذا كان في إخراجها ارتفاع الأسعار في البلدة. وجواز هدم الجدار المائل على الطريق.

القاعدة الخامسة عشرة
الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف

١٠٠ ـ يعني أن الضرر تجوز إزالته بضرر أخف منه. ومن فروع هذه القاعدة تملك الشفيع لما أحدثه المشتري في العقار بقيمته ولا يكلف بالقلع. ولمن خشي على نفسه

الهلاك جوعاً أن يأخذ من مال غيره ما يدفع به الهلاك عن نفسه، ولو جبراً على صاحبه إلا إذا كان صاحب المال محتاجاً إليه كاحتياجه هو له. والإجبار على أداء النفقات. وحبس المدين المليء المماطل. ومثل كسر السداد لتخليص البلد من الغرق.

القاعدة السادسة عشرة:

الضرورات تبيح المحظورات

١٠١ ـ الضرورة هي العذر الذي يجوز بسببه إجراء الشيء الممنوع وارتكاب المحظور، فهي ظرف قاهر يلجئ الإنسان إلى فعل المحرم. ومن فروع هذه القاعدة أكل الميتة عند الضرورة، وإجراء كلمة الكفر عند الإكراه الشديد، وإلقاء بعض الحمولة من السفينة المشرفة على الغرق تخليصاً للنفوس من الموت غرقاً، وأخذ مال الغير لدفع الهلاك المحقق عن النفس. ويجب أن يلاحظ أن ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها أي لا يرتكب المحرم إلا بالقدر الذي تندفع به الضرورة، فمن اضطر إلى أكل الميتة لا يأكل منها إلا بقدر ما يمسك عليه حياته ولا يشبع منها. وإلقاء المتاع من السفينة يتحدد بقدر ما يدفع عنها الغرق.

القاعدة السابعة عشرة

الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة أو خاصة

١٠٢ ـ الحاجة العامة هي التي لا تخص ناساً دون ناس ولا قطراً دون قطر، بل تعمهم جميعاً كالحاجة إلى الإيجار والاستئجار. والخاصة هي التي تختص بناس دون ناس وفئة دون فئة أو صنف دون صنف كحاجة التجار إلى اعتبار البيع بالنموذج مسقطاً لخيار الرؤية[1]. ومثل تجويز بيع السلم وبيع الاستصناع فإن الحاجة إليهما قائمة فأجيزا.

القاعدة الثامنة عشرة

درء المفاسد أولى من جلب المنافع

١٠٣ ـ القصد من تشريع الأحكام دفع المفاسد عن الناس وجلب المصالح لهم.

---

(١) الأستاذ منير القاضي، المرجع السابق، ص ٩١

والمصالح المحضة وكذلك المفاسد المحضة قليلة، والغالب منها اشتمل على المصالح والمفاسد[1]، وعلى هذا إذا تعارضت مفسدة ومصلحة فإن دفع المفسدة يقدم على جلب المصلحة لأن الشريعة اعتنت بالمنهيات أكثر من اعتنائها بالمأمورات، وعلى هذا يمنع الشخص من إجراء عمل ينتج ضرراً بالغير أكثر من المنفعة التي يجنيها كما في تصرفه في ملكه تصرفاً ينتج ضرراً كبيراً بجاره.

القاعدة التاسعة عشرة: العادة محكمة

١٠٤ ـ معنى هذه القاعدة أن العادة عامة كانت أو خاصة تجعل حكماً لإثبات حكم شرعي. ومعنى «محكمة» أي هي المرجع عند النزاع لأنها دليل ينبني عليه الحكم. والعرف بمعنى العادة. والعادة هي تكرار الشيء ومعاودته حتى يتقرر في النفوس ويكون مقبولاً عندها. وإنما تجعل العادة حكماً لإثبات الحكم الشرعي إذا لم يرد نص بذلك الحكم المراد إثباته، فإذا ورد النص عمل بموجبه ولا يجوز ترك النص والعمل به بالعادة[2]. ومن أمثلة هذه القاعدة أن ألفاظ الواقفين تفسر حسب عرفهم. ومن دفع ثوبه إلى من يخيطه أو يغسله أو ركب سفينة وصاحبها معروف بأخذ الأجرة على ذلك استحق الأجرة[3]. وكل ما جرى العرف على اعتباره من مشتملات المبيع يدخل في البيع من غير ذكر، كالحديقة المحيطة بالدار تدخل في البيع بلا ذكر لعرف الناس بذلك.

ويلاحظ هنا أن العادة إنما تعتبر إذا كانت مطردة، أي لا تتخلف، أو غالبة أي تتخلف أحياناً، كما جاء في القاعدة الأخرى: «إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت»، وأن تكون هذه العادة مقارنة لحصول الشيء أو سابقة عليه، ولا تعتبر العادة أو العرف الطارئ بعد حدوث الشيء المراد تحكيم العرف والعادة فيه[4]. كما يشترط في العادة حتى تعتبر أن لا تكون مخالفة لنص الشارع ولا لشرط المتعاقدين.

---

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام للإمام عز الدين بن عبد السلام ص ١٢.

(٢) الأستاذ علي حيدر، المرجع السابق، ص ٤٠.

(٣) القواعد للحافظ أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي ص ٢٣٠.

(٤) عز الدين بن عبد السلام، المرجع السابق ص ١٢٥.

وبناء على رعاية العرف جاءت القاعدة الفقهية «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً» أي ما جرى به العرف يراعى من دون اشتراطه في عقود الناس وتصرفاتهم. فالنوم في الفنادق والغسل في الحمامات والأكل في المطاعم، كل ذلك يستلزم دفع الأجرة لأن العرف يقضي بذلك وإن لم تذكر من قبل أطراف العقد. وكذلك اشتغال شخص آخر دون اتفاق على أجرة ينظر إلى العرف فإن كان يقضي له بالأجرة قضي له بها، كالدلال، وإن لم يقض له بها لم يستحق المشتغل أجرة[1].

وتفرعت أيضاً من هذه القاعدة قاعدة «التعيين بالعرف كالتعيين بالنص» أي أن ما يقضي بتعيينه العرف يكون كالمعين بالنص الصريح كالتوكيل في البيع المطلق يحمل على البيع بثمن المثل. والودائع، يقضي العرف أن يحفظها الوديع في حرز مثلها المعتاد وإن لم يشترط ذلك المودع.

القاعدة العشرون

لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان

١٠٥ ـ الأحكام التي تتغير بتغير الأزمان هي الأحكام المبنية على العرف والعادة، لأنه بتغير الأزمان تتغير احتياجات الناس، وبناء على هذا التغير يتبدل أيضاً العرف، وبتغير العرف تتغير الأحكام المبنية عليه، أما الأحكام المستندة إلى أدلة شرعية لم تبن على عرف وعادة فإنها لا تتغير كالقصاص من القاتل العمد لم يبن على عرف وعادة فلا يتغير. ومن الأمثلة على ذلك:

سقوط خيار الرؤية برؤية غرفة من غرف الدار لجريان العرف في الزمان القديم على بناء الدور ومشتملاتها على نمط واحد، ثم لما تغير عرف الناس وعاداتهم في بناء الدور أفتى الفقهاء بعدم سقوط خيار الرؤية برؤية غرفة واحدة، بل لا بد من رؤية جميع مشتملات الدار. ذهب الإمام أبو حنيفة إلى عدم لزوم تزكية الشهود في دعوى المال، إلا إذا طعن الخصوم فيهم، لصلاح الناس في زمانه، ولكن لتغير أحوال الناس وخراب الذمم أفتى أبو يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني بضرورة

(١) الإمام عز الدين بن عبد السلام، المرجع السابق ص ١٢٧.

تزكية الشهود سراً وعلناً. وعند فقهاء الحنفية لا يجب الضمان على الغاصب، ولكن أفتى فقهاؤهم المتأخرون على وجوب الضمان على غاصب مال اليتيم والوقف المعد للاستغلال لاعتياد الناس على التساهل بالانتفاع بأموال اليتامى والوقف والمعد للاستغلال على وجه الغصب.

القاعدة الحادية والعشرون
العبرة للغالب الشائع لا للنادر

١٠٦ ـ الشائع هو الأمر الذي أصبح معلوماً للناس وذائعاً بينهم. والنادر هو القليل الحدوث. فالمعول عليه والمنظور إليه في ترتيب الأحكام هو الأمر الشائع لا الأمر النادر. ومن فروع هذه القاعدة: الحكم ببلوغ من له من العمر خمسة عشر سنة لأنه هو العمر الشائع للبلوغ وإن كان البعض لا يبلغ إلا في السابعة عشرة أو الثامنة عشرة إلا أنه نادر وقليل فلا يعول عليه. وكذلك الحكم بسبع سنين لمدة حضانة الصبي وتسع سنين لحضانة البنت مبني على الشائع المتعارف من أن الصبي إذا بلغ السابعة من عمره يستغني عمن يعينه في لباسه وأكله ونحو ذلك[1].

القاعدة الثانية والعشرون: الغرم بالغنم

١٠٧ ـ أي إن من ينال نفع شيء يجب أن يتحمل ضرره. ومن فروع هذه القاعدة أن الشركاء يتحملون الخسارة بنسبة حصصهم في مال الشركة كما يأخذون الربح بنسبة هذه الحصص. وكذا نفقات ترميم العقار المشترك تكون على الشركاء بنسبة حصصهم فيه كما هو الحكم في تقسيم غلته. وأجور تسجيل بيع العقار في الطابو يتحملها المشتري لأنه هو الذي ينتفع بهذا التسجيل فيتحمل نفقاته.

القاعدة الثالثة والعشرون
جناية العجماء جبار

١٠٨ ـ أي ما تتلفه البهيمة أو ما تسببه من ضرر للناس يعتبر هدراً لا ضمان على صاحبها إلاّ إذا نشأ ذلك عن تعد منه أو تقصير. فلو ربط شخص فرسه في المحل

---

(١) الأستاذ علي حيدر، المرجع السابق ص ٤٥.

المعد لها فأتلفت فرساً لآخر فلا ضمان على صاحبها. ولكن لو أطلق شخص دابته في مزروعات الغير أو رآها فيه دون أن يطلقها هو فلم يمنعها ويحجزها عن الزرع ضمن في الحالتين لأنه في الأولى يعتبر متعدياً وفي الثانية مقصراً.

القاعدة الرابعة والعشرون
لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه

١٠٩ ـ ملك الغير محترم فلا يجوز انتهاك حرمته بالتصرف فيه بلا إذن من صاحبه. وعلى هذا لا يجوز استعمال المال المشترك من قبل الشريك بلا إذنه، ولا استعمال حائط الجار بلا إذنه. والإذن قد يكون صريحاً كما في توكيل إنسان لآخر في بيع داره. وقد يكون الإذن دلالة، كما في ذبح الراعي شاة مشرفة على الهلاك لأنه مأذون دلالة من صاحبها بذبحها في هذه الحالة. وكما لا يجوز لأحد التصرف في ملك الغير بدون إذنه، لا يجوز أيضاً له أن يأمر غيره بالتصرف في ملك الغير، وعلى هذا الأساس جاءت القاعدة الفقهية «الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل»، فإن فعل المأمور في هذه الحالة كان ضامناً ما فعله كما لو أتلف مالاً تنفيذاً لأمر الغير وإذا كان مجبراً لا ضمان عليه، أما إذا جهل كون المال راجعاً للغير لا للآمر فإنه في هذه الحالة يضمن وله حق الرجوع على الآمر.

القاعدة الخامسة والعشرون
الأجر والضمان لا يجتمعان

١١٠ ـ المراد بضمان الشي إعطاء مثله إن كان مثلياً وقيمته إن كان قيمياً. ومعنى القاعدة أن ما يجب فيه ضمان لا تجب فيه أجرة، لأن في الضمان معنى التملك، فالضامن كالمالك، والمالك لا يدفع أجرة عما يملكه فكذا الضامن. وعلى هذا من استأجر شيئاً ثم أتلفه بتعد منه أو تقصير، ضمن ما أتلف بالمثل أو بالقيمة ولا أجرة عليه[1].

---

(١) الأستاذ منير القاضي، المرجع السابق ص ١٥١.

القاعدة السادسة والعشرون

من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه

١١١ ـ هذه القاعدة قامت على معاني السياسة الشرعية وسد الذرائع المفضية إلى المفاسد. ومعنى القاعدة أن من يتوسل بالوسائل غير المشروعة استعجالاً منه للحصول على مقصوده فإنه يحرم من مقصوده هذا جزاء فعله واستعجاله. ومن فروع هذه القاعدة، حرمان الوارث من الإرث إذا قتل مورثه بلا سبب شرعي، وكذا يحرم الموصى له من الوصية إذا قتل الموصي بلا سبب شرعي. وتوريث مطلقة الفار طلاقاً بائناً. والفار هو المريض مرض الموت إذا طلق زوجته في مرضه هذا طلاقاً بائناً فإنها ترثه رداً لقصده السيئ، وكذا تحريم المرأة على من تزوجها في العدة فإنه يفرق بينهما ولا تحل له بعد هذا التفريق على ما أفتى به فقهاء السلف.

الباب الثاني
أدوار الفقه

١١٢ ـ تمهيد:

قلنا: إن الفقه هو العلم بالأحكام الشرعية العملية، أي الأحكام المتعلقة بأفعال المكلفين أو هو هذه الأحكام نفسها.

وأفعال المكلفين لا تبقى ثابتة على نمط واحد وأسلوب معين وقدر محدود، فإن تتابع الليل والنهار وتبدل الأحوال والظروف واختلاف البيئات كل ذلك يدعو إلى زيادة هذه الأفعال واتساعها، وتنوعها واختلافها، وتبدل بعضها وتطوره كما هو مشاهد في الماضي والحاضر. ومن البديهي أن يكون الفقه هو الآخر في نمو وازدياد وتطور تبعاً لذلك.

ونحن في هذا الباب نريد أن نرجع إلى أيام الفقه الأولى لننظر كيف نشأ، ثم نتابعه في نشأته لنرى كيف نما وازدهر، ثم كيف ركد ووقف، ولنقف على العوامل والأسباب التي أثرت في أطواره هذه كلها.

وفي سبيل هذا الذي نريد، آثرنا أن نقسم الأدوار التي مر بها الفقه إلى ستة أدوار، تسهيلاً للبحث، ثم نتكلم عن كل دور في فصل على حدة. وهذه الأدوار هي:

أولاً ـ عصر النبي ﷺ.

ثانياً ـ عصر الخلفاء الراشدين.

ثالثاً ـ عصر ما بعد الخلفاء الراشدين إلى أوائل القرن الثاني للهجرة أو إلى قبيل سقوط الدولة الأموية.

رابعاً ـ من أوائل القرن الثاني الهجري إلى منتصف القرن الرابع الهجري.

خامساً ـ من نهاية الدور السابق إلى سقوط بغداد على يد التتر سنة ٦٥٦ هـ.

سادساً ـ من سقوط بغداد إلى وقتنا الحاضر.

هذا وإن بعض الكتّاب يسمي أدوار الفقه الإسلامي بـ«أدوار التشريع الإسلامي» مع أن التشريع ـ وهو سن الأحكام الشرعية ـ من حق الله وحده. ووجهتهم في هذه التسمية هو أن الفقه يستند إلى نصوص الشريعة والمصادر التي أشارت إليها، وإن استنباط الأحكام من هذه المصادر كان بإذن من الشريعة. وعلى كل حال فسواء قلنا أدوار الفقه أو أدوار التشريع الإسلامي فالمعنى واحد، على اعتبار أن المقصود بالتشريع الإسلامي هو الأحكام التي وردت بها النصوص الصريحة في الكتاب والسنة أو التي استنبطت استنباطاً من هذه النصوص أو من المصادر التي أشارت إليها هذه النصوص.

الفصل الأول

عصر النبي ﷺ

١١٣ ـ يعتبر عصر النبي ﷺ أهم العصور الفقهية على الإطلاق، لأن التشريع الإلهي تم في هذا العصر، والتشريع الإلهي ـ كما هو معلوم ـ أساس الفقه في جميع أدواره وعصوره في الماضي والحاضر والمستقبل.

والفقه في هذا العصر هو فقه الوحي فقط، فكانت الأحكام الشرعية تتنزل على النبي ﷺ بلفظها ومعناها (أي القرآن) أو بمعناها فقط (أي السنة) ويقوم النبي ﷺ بتبليغها إلى الناس. فمصدر الأحكام الشرعية هو الوحي ولا شيء غيره، أما اجتهاد النبي ﷺ وأصحابه فراجع إلى الوحي كما سنبين ذلك فيما بعد.

١١٤ ـ التشريع في مكة، أو التشريع المكي:

لبث النبي ﷺ ما يقرب من ثلاث عشرة سنة في مكة المكرمة وهي المدة من بعثته إلى هجرته. وقد اتجه الوحي في هذه الفترة إلى ناحية العقيدة والأخلاق ولم يتعرض إلى الأحكام العملية إلا قليلاً وبشكل كلي غالباً[١]. والسبب في هذا النهج هو أن العقيدة هي الأساس الأول لكل ما تأتي به الشريعة من أحكام وتفصيلات، فلا بد إذن من إصلاحها وتنقيتها من الشوائب والأباطيل، وجعلها قائمة على الإيمان بالله ورسوله واليوم الآخر. وهكذا كانت آيات القرآن تنزل موضحة هذا المعنى بالدليل والبرهان، طالبة من المخاطبين استعمال عقولهم والنظر في ملكوت السماوات والأرض، منكرة عليهم جهلهم بأصول العقيدة الحقة وتقليدهم الأعمى لضلال الآباء والأجداد... وكذلك كان القرآن ينزل بالآيات الكثيرة في الأخلاق ولزوم الاعتصام بالطيب منها دون الخبيث، لأن الأخلاق الفاضلة من لوازم العقيدة

---

(١) الشاطبي ج٣ ص ٤٦ وما بعدها.

الحقة وأساس العمل الصالح. أما الأحكام العملية فكان تشريعها على نحو قليل وكلي لا تفصيلي، فما كان في المسلمين من حاجة إلى الأحكام العملية التفصيلية وهم قلة مستضعفون لا قوة لهم ولا سلطان، حتى إن بعضهم هاجر إلى الحبشة فراراً بدينه وتخلصاً من أذى المخالفين المشركين.

١١٥ ـ التشريع بعد الهجرة، أو التشريع المدني:

ثم أذن الله لنبيه ﷺ بالهجرة إلى المدينة بعد أن أسلم بعض أهلها وتهيأ المجال لنقلة النبي ﷺ إليها وقيامه بالدعوة فيها واتخاذها مركزاً لدولة الإسلام... وهكذا هاجر النبي ﷺ وأصحابه إليها فوجدوا الجو ملائماً لأن يقيموا لهم تنظيماً اجتماعياً وسياسياً على أساس الدين الجديد. فظهرت أول دولة في تلك البقعة الصغيرة النائية، المدينة، وكان أول رئيس لها هو النبي ﷺ ومن ذلك الوقت ظهرت الحاجة إلى التشريعات العملية التي تقام عليها أمور هذا المجتمع الإسلامي الجديد، وتساس بمقتضاها شؤون هذه الدولة الإسلامية الفتية. فاتجه التشريع إلى النواحي العملية، سواء منها ما اتصل بحياة الأفراد أو بحياة الجماعة، فشرعت أحكام العبادات والجهاد، وتنظيمات الأسرة من زواج وبيان لحقوق الزوجين والفرقة وأسلوبها ومدتها والبنوة وحقوقها والميراث وأنصبة الورثة ونحو ذلك. كما أنزلت الأحكام المتعلقة بالجرائم والعقوبات وأنواع المعاملات وحقوق الحاكم والمحكوم وعلاقة الدولة الإسلامية مع غيرها. وباختصار لم يترك التشريع الإلهي جانباً من جوانب الحياة إلا جاء بتنظيم دقيق محكم له.

١١٦ ـ طريقة التشريع:

كان تشريع الأحكام في هذا العصر يتم بأحد الوجهين التاليين:

الأول: تقع حوادث تقتضي حكماً من الشارع، أو يعرض للمسلمين أمور تقتضيهم سؤال النبي ﷺ عن حكمها. ففي هذه الحالات كان النبي ﷺ ينتظر الوحي السماوي فينزل عليه بالآية أو الآيات مبينة حكم ما وقع أو جواب ما سئل عنه. وقد ينزل عليه الحكم بالمعنى ويعبر عنه بلفظه وهذا هو السنة. وأحياناً لا ينزل عليه الوحي بالحكم المطلوب فيجتهد النبي ﷺ كما حصل له في قضية أسرى بدر وغيرها مما سنبينه فيما بعد.

فمن الأحكام التي نزلت بمناسبة حوادث وقعت، قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ ۚ وَلَأَمَةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ﴾ [البقرة: ٢٢١] فقد نزلت هذه الآية بمناسبة حادثة خلاصتها أن أحد المسلمين عزم على نكاح مشركة وعلق نكاحه على موافقة النبي ﷺ فلما أخبره بذلك نزلت هذه الآية.

ومن الأحكام التي نزلت جواباً على سؤال قوله تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ ۖ قُلْ هُوَ أَذًى فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ ۖ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ﴾ [البقرة: ٢٢٢]. وقوله تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ ۖ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ﴾ [البقرة: ٣٢٠]. و﴿وَيَسْأَلُونَكَ مَاذَا يُنفِقُونَ قُلِ الْعَفْوَ﴾ [البقرة: ٢١٩]. ومن السنة ما روي أن بعض الصحابة سألوا النبي ﷺ عن ماء البحر وجواز الوضوء به فقال لهم: «هو الطهور ماؤه الحل ميتته»[1].

الثاني ورود الأحكام غير مسبوقة بسؤال ولا حادثة معينة، ولكن الشارع يرى أن الأوان قد آن لتشريع هذه الأحكام لضرورتها للمجتمع الذي يريد تكوينه وإيجاده، لأن الشريعة ما جاءت فقط لسد حاجات قائمة وإعطاء الحلول لوقائع حاصلة فعلاً وإنما جاءت لإيجاد مجتمع من نوع خاص قائم على أسس معينة ليكون هو المثل الأعلى لكل مجتمع في المستقبل. ومن هذا النوع من الأحكام، الشورى في الحكم، وتبيان مقادير الزكاة، وتفصيل كثير من أحكام الأسرة وبيان بعض العقوبات ونحو ذلك.

١١٧ ـ مميزات التشريع في هذا الدور:

قام التشريع على أساس مراعاة مصالح الناس ودرء الأضرار والمفاسد عنهم، وهذا هو الأصل الكبير الجامع لجميع أحكام الشريعة الإسلامية. وبناء على هذا الأصل نستطيع أن نعدد ميزات التشريع في هذا الدور، وهي بالحقيقة مظاهر لهذا الأصل الكبير: رعاية مصالح الناس ودفعه الضرر عنهم. فمن هذه المظاهر، وإن شئت قل الميزات ما يأتي:

---

(١) نيل الأوطار ج١ ص ١٤.

١١٨ ـ أولاً ـ التدرج في التشريع:

فالقرآن الكريم ما نزلت أحكامه مرة واحدة وكذا أحكام السنة ما جاءت دفعة واحدة. وقد رأينا أن الأحكام كانت تنزل جواباً عن سؤال، أو تبياناً لحكم حادثة وقعت أو بناء على تقدير الشارع أن حكماً معيناً قد آن أوان تشريعه وتنفيذه وهذا كله يجعل التشريع موصوفاً بالتدرج. والحكمة من ذلك أن هذا النهج في التشريع يجعل الأحكام أخف على النفس مما لو نزلت دفعة واحدة وبالتالي تكون أدعى إلى القبول والامتثال. كما أن في هذا التدريج تيسيراً للمخاطبين لمعرفة الأحكام وحفظها والإحاطة بأسبابها وظروف تشريعها، وهذا هو الملائم لحالة العرب، وهم المسلمون الأولون، إذ ما كانت القراءة والكتابة شائعة فيهم، وكان جل اعتمادهم على ذاكرتهم وحفظهم، فمن حقهم أن تراعى حالتهم هذه وتنزل عليهم الأحكام شيئاً فشيئاً حتى يمكن استيعابها ومعرفتها وحفظها.

والتدرج في التشريع أنواع:

أ ـ تدرج زمني: بمعنى أن الأحكام ما كانت تنزل في زمن واحد، وإنما كان منها المتقدم ومنها المتأخر كما هو معروف، فأحكام القانون الإسلامي ما شرعت دفعة واحدة وإنما استغرق تشريعها طيلة مدة النبوة.

ب ـ تدرج في أنواع ما شرع من أحكام: وهذا أمر ظاهر، فإن المسلمين لم يكلفوا بالتكليفات الكثيرة في بدء الإسلام، بل أخذوا بالرفق تيسيراً على نفوسهم، فجاءت التكليفات قليلة أولاً ليكون كل تكليف سابق تمهيداً لقبول التكليف اللاحق. فالصلاة مثلاً شرعت في أول الأمر صلاة بالغداة وصلاة بالعشي ثم جعلت خمس صلوات في اليوم والليلة. والزكاة ما كان لها حد محدود وإنما ترك الأمر للمسلم ينفق ما يستطيعه ويشاؤه، ثم عينت مقاديرها على سبيل الإلزام. والخمر ما حرمت رأساً وإنما مهد لها ببيان أضرارها أولاً ثم النهي عن قربان الصلاة في حالة السكر ثانياً ثم جاء التحريم القاطع أخيراً. والقتال كان في بدء الإسلام غير مأمور به لقلة عدد المسلمين، فأمروا بالعفو والصبر على الأعداء، والإعراض عنهم وترك مقاتلتهم، قال تعالى: ﴿اتَّبِعْ مَا أُوحِيَ إِلَيْكَ مِن رَّبِّكَ لَا إِلَٰهَ

﴿إِلَّا هُوَ وَأَعْرِضْ عَنِ الْمُشْرِكِينَ﴾ [الأنعام: ١٠٦]. ثم لما قوي المسلمون أذن لهم في القتال دفاعاً عن أنفسهم، قال تعالى: ﴿أُذِنَ لِلَّذِينَ يُقَاتَلُونَ بِأَنَّهُمْ ظُلِمُوا وَإِنَّ اللَّهَ عَلَى نَصْرِهِمْ لَقَدِيرٌ﴾ [الحج: ٣٩]. ثم فرض عليهم القتال فرضاً قال تعالى: ﴿وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ﴾ [البقرة: ١٩٠]. ﴿وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ الدِّينُ كُلُّهُ لِلَّهِ﴾ [الأنفال: ٣٩].

ج ـ تدرج بذكر الأحكام بشكل كلي ثم يأتي التفصيل بعد ذلك. فالتشريع المكي، فيما تعرض له من أحكام عملية، جاء بشكل كلي ثم جاء التشريع المدني مفصلاً لهذا الكلي[1].

١١٩ ـ ثانياً ـ رفع الحرج:

ومن مميزات التشريع في هذا الدور أيضاً، رفع الحرج[2]. وهذا ظاهر للمتتبع لأحكام الشريعة، فهناك نصوص صريحة تدل على أن الشارع ما يريد بعباده إلا التيسير والتخفيف ولا يريد بأحكامه التضييق والتشديد قال تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾[البقرة: ١٨٥]. ﴿يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٨]. ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨]. وفي السنة أيضاً الشيء الكثير من النصوص بهذا المعنى، من ذلك «يسروا ولا تعسروا» «بعثت بالحنيفية السمحة». وصح أن النبي ﷺ «ما خير بين شيئين إلا اختار أيسرهما». وقال عليه الصلاة والسلام: «لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم بالسواك عند كل صلاة».

فرفع الحرج أصل مقطوع به في الشريعة، ومن مظاهره ما يأتي:

أ ـ اعتبار المرض والسفر والإكراه والخطأ والنسيان أعذاراً لتخفيف الأحكام وتشريع الرخص. والقاعدة الشرعية «الضرورات تبيح المحظورات» بنيت على أصل رفع الحرج دفعاً للمشاق والضيق عن أصحاب الأعذار والضرورات.

---

(١) الشاطبي ج٣ ص ٤٦ وما بعدها.

(٢) وهذه المميزة ليست خاصة بهذا الدور، بل هي ميزة أصيلة للتشريع الإسلامي لا ينفك عنها في أي دور من الأدوار.

ب ـ قلة التكاليف في الشريعة: فالتشريع الإلهي في هذا العصر لم يأتِ بتكاليف كثيرة ترهق المكلفين لأن في الإرهاق حرجاً وضيقاً، والحرج مرفوع كما قدمنا. كما أن المقصود من التكاليف إيصال المكلف إلى الحياة السعيدة في الدنيا والآخرة فلا يأتي التشريع إلا بالقدر اللازم الذي تطيقه الطبيعة البشرية. ومما يدل على أن رغبة الشارع تقليل التكاليف ما أمكن التقليل ما جاء في السنة من أحاديث منها: «إن الله فرض فرائض فلا تضيعوها وحد حدوداً فلا تعتدوها وحرم أشياء فلا تنتهكوها، وسكت عن أشياء رحمة بكم غير نسيان فلا تبحثوا عنها» وعندما سأل أحدهم النبي ﷺ عن الحج وهل هو في كل عام؟ قال النبي ﷺ: «لو قلت نعم لوجبت، ذروني ما تركتكم فإنما هلك من كان قبلكم بكثرة مسائلهم واختلافهم على أنبيائهم».

١٢٠ ـ ثالثاً النسخ:

ومعناه رفع الحكم السابق بحكم لاحق. وقد وقع النسخ في التشريع الإسلامي في هذا الدور فقط، وسببه رعاية المصلحة ورفع الحرج والضيق عن المكلفين وأخذهم بسنة التدرج والرفق، فمن ذلك:

أ ـ أن المتوفى عنها زوجها كانت أول الأمر سنة كاملة وكان على الزوج أن يوصي لها بالنفقة والسكنى في هذه المدة، قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا وَصِيَّةً لِّأَزْوَاجِهِم مَّتَاعًا إِلَى الْحَوْلِ غَيْرَ إِخْرَاجٍ﴾ [البقرة: ٢٤٠] ثم جعلت العدة أربعة أشهر وعشرة أيام، قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤].

ب ـ وكانت الوصية للوالدين والأقربين واجبة ثم نسخت بآية المواريث كما جاءت السنة مؤكدة لهذا النسخ فقد جاء في الحديث عن النبي ﷺ: «إن الله أعطى كل ذي حق حقه ألا لا وصية لوارث».

ج ـ نهى النبي ﷺ عن زيارة القبور ثم أباحها بعد ذلك، فقد جاء في الحديث: «كنت قد نهيتكم عن زيارة القبور، ألا فزوروها فإنها تذكركم الآخرة».

د ـ ونهاهم النبي ﷺ عن إدخار لحوم الأضاحي لأجل الوفود التي جاءت إلى المدينة ثم أباح لهم الادخار بعد ذلك.

هـ ـ كانت القبلة أولاً إلى بيت المقدس ثم جعلت القبلة في الصلاة إلى الكعبة.

١٢١ ـ الاجتهاد في هذا العصر وأثره في التشريع:

قلنا: إنّ الفقه في هذا العصر هو فقه الوحي، أي: إنّ مصدر التشريع هو وحي الله في قرآنه أو على لسان رسوله في السنة. ولكن ثبت أن النبي ﷺ اجتهد، وأنه أذن لأصحابه بالاجتهاد وأقرهم على بعض ما اجتهدوا فيه، فهل يعتبر الاجتهاد في هذا الدور مصدراً للفقه وتشريع الأحكام؟ هذا ما نجيب عليه مبتدئين أولاً بذكر بعض ما اجتهد فيه النبي ﷺ وما اجتهد فيه أصحابه.

١٢٢ ـ فمن اجتهاد النبي ﷺ أنه أخذ الفداء من أسرى بدر، لأن حكم الأسرى لم يشرع في ذلك الحين ولم ينزل الوحي بحكم هؤلاء الأسرى فاجتهد النبي ﷺ واستشار أبا بكر وعمر فأشار أبو بكر بأخذ الفداء وخالفه عمر، فأخذ النبي ﷺ الفداء من الأسرى. ومنه أيضاً إذنه للمتخلفين عن غزوة تبوك بالبقاء في المدينة بناء على ما ادعوه من أعذار. ومنه ما جاء في الحديث أن النبي ﷺ قال لإحدى أزواجه: «لولا أن قومك حديثو عهد بكفر لبنيت الكعبة على قواعد إبراهيم» وهذا الخبر يشهد بأن النبي ﷺ كان يرجح بعض الأمور على بعض لما يراه من المصلحة للأمة. وكذلك قوله عليه الصلاة والسلام: «لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم بالسواك عند كل صلاة» فهذا تخير منه عليه الصلاة والسلام في أمر السواك وإيثار ترك الأمر به لدفع المشقة عن الأمة.

١٢٣ ـ ومن اجتهادات الصحابة: أو إذن النبي ﷺ لهم بالاجتهاد، حديث معاذ المشهور، فإن النبي ﷺ بعثه إلى اليمن وقال له: «كيف تصنع إن عرض لك قضاء»؟ قال: أقضي بما في كتاب الله. قال: «فإن لم يكن في كتاب الله؟» قال: فبسنة رسول الله. قال: «فإن لم يكن في سنة رسول الله؟» قال: أجتهد رأيي ولا آلو ـ أي لا أقصر ـ فضرب رسول الله ﷺ بيده على صدره وقال: «الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله». فهذا دليل على إذن النبي ﷺ للمسلمين في الاجتهاد. ومن ذلك أن صحابيين خرجا في سفر وحان وقت الصلاة ولم يكن معهما ماء فتيمما وصليا ثم وجدا الماء قبل خروج الوقت فتوضأ أحدهما

وأعاد الصلاة ولم يعد الآخر، فلما قدما على النبي ﷺ وأخبراه بما حصل صوبهما ولم ينكر على أحدهما، وقال للذي لم يعد صلاته: «أصبت السنة وأجزأتك صلاتك». وقال للذي أعاد: «لك الأجر مرتين». ومن ذلك أيضاً أن النبي ﷺ لما رجع من معركة الخندق وأراد أن ينزع لباس الحرب أمره الله بالتوجه إلى بني قريظة، فقال النبي ﷺ لأصحابه: «لا يصلين أحد منكم العصر إلا في بني قريظة» فساروا مسرعين متوجيهن إلى بني قريظة، فلما حان وقت العصر صلى بعضهم في الطريق وأوّل كلام النبي ﷺ بأنه أراد السرعة في المسير لا تأخير الصلاة. ولم يصلّ البعض الآخر إلا بعد وصوله إلى بني قريظة. ولم ينكر النبي ﷺ على أحد الفريقين.

١٢٤ ـ فالاجتهاد، إذن، ثابت وواقع في عصر النبي ﷺ. ولكنه لم يكن مصدراً للتشريع مستقلاً عن الوحي. وبيان هذا أن اجتهاد النبي ﷺ إما أن يكون عن إلهام الله له فهذا وحي بالمعنى وهو من قبيل السنة، وإما أن يكون اجتهاده عليه السلام بدون إلهام من الله له، وفي هذه الحالة لا يقره الله على اجتهاده إذا لم يكن صواباً كما في قضية أسرى بدر إذ نزل القرآن مبيناً أن أخذ الفداء ما كان صواباً، وكذا نزل العتاب لإذنه للمتخلفين عن غزوة تبوك بالبقاء في المدينة. قال تعالى: ﴿عَفَا اللَّهُ عَنكَ لِمَ أَذِنتَ لَهُمْ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَكَ الَّذِينَ صَدَقُوا وَتَعْلَمَ الْكَاذِبِينَ﴾ [التوبة: ٤٣]. فاجتهاد النبي ﷺ مرده إلى الوحي وليس بمصدر مستقل للتشريع.

أما اجتهاد أصحابه فمرده إلى النبي ﷺ فإن أقره صار تشريعاً للأمة وإن لم يقره لم يكن تشريعاً، فلا يعتبر اجتهاد الصحابة مصدراً للفقه. ولا يقال ما الفائدة إذن من وقوع الاجتهاد إذا لم يكن مصدراً للتشريع، لأن الحكمة من وقوعه إعلام الأمة بجواز استنباط الأحكام بطريق الاجتهاد وإرشادها إليه.

١٢٥ ـ لا اختلاف في هذا العصر:

تبين مما قلناه أن النبي ﷺ هو مرجع الفتيا والقضاء وهو المبلِّغ عن الله أحكام الإسلام، فلا مصدر للتشريع في هذا العصر إلا القرآن والسنة. أما اجتهاد الصحابة فمرده إلى النبي ﷺ فهو الذي يقره أو ينكره، فما كان اجتهادهم مصدراً مستقلاً

للفقه، وحيث لا اجتهاد فلا اختلاف ولا تعدد أقوال في المسألة الواحدة، ولا إجماع.

١٢٦ ـ التدوين في هذا العصر:

اتخذ النبي ﷺ كتاباً يكتبون له ما ينزل من القرآن، ومن هؤلاء زيد بن ثابت وعلي بن أبي طالب، وعثمان بن عفان وغيرهم. كما أن بعض الصحابة كان يكتب لنفسه ما يتيسير له كتابته من آيات القرآن الكريم.

وتوفي الرسول ﷺ والقرآن محفوظ في الصدور، مدون كله في الرقاع ونحوها، إلا أنه لم يكن مجموعاً في مصحف واحد وإنما كان مفرقاً حتى تمَّ جمعه في مجموعة واحدة ـ أي في مصحف واحد ـ في زمان أبي بكر كما سنذكره فيما بعد.

أما السنة فلم يتخذ النبي ﷺ كتاباً يكتبونها ولم يأمر بكتابتها، بل نهى عن كتابتها في أول الأمر[1] خشية اختلاطها بالقرآن ثم أباح لهم كتابتها فكان بعض الصحابة يكتب ما يسمعه من النبي ﷺ مثل عبد الله بن عمرو بن العاص[2]. والسنة، وإن لم تدون، فقد كانت محفوظة في صدور الصحابة وبلغوها لغيرهم ولم يفقد منها شيء، لأن السنة مبيِّنة للقرآن شارحة له، والقرآن محفوظ بحفظ الله. قال تعالى: ﴿إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا ٱلذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُۥ لَحَـٰفِظُونَ﴾ [الحجر: ٩]. ومن تمام حفظه حفظ السنة له.



(١) جاء في صحيح مسلم عن النبي ﷺ: «لا تكتبوا عني، ومن كتب عني غير القرآن فليمحه وحدثوا عني ولا حرج. ومن كذب علي متعمداً فليتبوأ مقعده من النار». صحيح مسلم ج ١٨ ص ١٢٩. وهذا النهي محمول ـ في أول الأمر ـ على خشية اختلاط السنة بالقرآن فلما أمن اللبس والاختلاط أبيح لهم أن يكتبوا. ويجوز أن يكون النهي عن كتابة السنة موجهاً إلى كتاب الوحي خاصة لئلا يختلط ما يكتبونه من السنة بما يكتبون من القرآن.

(٢) قال عبد الله بن عمرو بن العاص: كنت أكتب كل شيء أسمعه من رسول الله ﷺ أريد حفظه فنهتني قريش فقالوا: إنك تكتب كل شيء تسمعه من رسول الله ﷺ ورسول الله ﷺ بشر، يتكلم في الغضب والرضا، فأمسكت عن الكتابة فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال: «اكتب فوالذي نفسي بيده ما خرج مني إلا حق»: مسند الإمام أحمد ج١٠ ص ١٢.

الفصل الثاني

الدور الثاني عصر الخلفاء الراشدين

١٢٧ ـ تمهيد:

انقضى عصر النبي ﷺ وقد تم فيه التشريع الإلهي في الكتاب والسنة وهما الأصلان العظيمان اللذان خلفهما هذا العصر للعصر الذي تلاه ولجميع العصور اللاحقة به.

وقد بدأ بالنمو والاتساع في هذا الدور الذي نحن بصدده، ذلك أن الفقهاء بعد وفاة النبي ﷺ واجهوا وقائع وأحداثاً ما كان لهم بها عهد في أيام النبي ﷺ فكان لا بد من معرفة حكم الله فيها. كما أن الحروب التي وقعت وما نتج عنها من قضايا وعلاقات بين المسلمين وبين غيرهم في أثناء الحرب وبعدها أدت إلى كثرة المسائل الفقهية. والفتوحات الإسلامية وما ترتب عليها من امتداد سلطان الإسلام على بلاد كثيرة، واتصال المسلمين بأهل تلك البلاد، ولكل بلد أعرافه وعاداته وتقاليده ونظمه، كل ذلك أدى إلى ظهور مسائل وقضايا جديدة تستلزم معرفة حكم الشرع فيها. وقد قام فقهاء الصحابة بمهمة التعرف على أحكام هذه المسائل والوقائع الجديدة فاجتهدوا واستعملوا آراءهم على ضوء قواعد الشريعة ومبادئها العامة ومعرفتهم بمقاصدها. وهكذا ظهر الاجتهاد بالرأي كمصدر مستقل للفقه بعد أن لم يكن له وجود في عصر النبي ﷺ. والاجتهاد ـ وهو يقوم على الرأي ـ لا بد أن يتبعه اختلاف وهذا ما حصل في هذا الدور وما كان له من وجود في عصر النبي ﷺ. وكما اجتهد الفقهاء في هذا العصر واختلفوا فقد اجتهدوا واتفقوا، والاتفاق هو الإجماع، وهكذا ظهر الإجماع في هذا الدور كمصدر للفقه وما كان له وجود في عصر النبي ﷺ.

١٢٨ ـ طريقتهم في التعرف على الأحكام:

كان فقهاء الصحابة ـ إذا نزلت النازلة ـ التمسوا حكمها في كتاب الله، فإن لم يجدوا الحكم فيه تحولوا إلى السنة، فإن لم يجدوا الحكم، تحولوا إلى الرأي وقضوا بما أداهم إليه اجتهادهم. وكان الاجتهاد في زمن أبي بكر وعمر بن الخطاب اجتهاداً جماعياً أي يأخذ شكل الشورى، فكان الخليفة إذا عرض عليه الأمر دعا أولي الرأي والفقه وطرح عليهم المسألة وتناقشوا فيها فإذا اتفقت آراؤهم في حكم المسألة قضى بما اتفقوا عليه، وإن اختلفت أخذ بما يراه صواباً. وكما وقع الاجتهاد الجماعي وقع الاجتهاد الفردي، من الخليفة نفسه ومن غيره. إلا أنَّ الاجتهاد الجماعي كان هو الغالب في عصر الخليفة الأول والثاني وكان أكثر ما يكون في المسائل العامة كما في مسألة تقسيم أرض السواد في العراق على الفاتحين واستشارة عمر لفقهاء الصحابة وكبارهم في هذه المسألة.

وقد وردت عن فقهاء الصحابة في هذا العصر آثار كثيرة تدل على أن نهجهم في استنباط الأحكام هو ما ذكرناه، وأنهم كانوا يأخذون بالرأي حيث لا نص في المسألة، وأن الإجماع كان معتبراً عندهم. فمن ذلك[1]:

أ ـ كان أبو بكر إذا ورد عليه الخصوم أو عرضت عليه مسألة نظر في كتاب الله، فإن وجد فيه ما يقضي به قضى به، وإن لم يجد في كتاب الله نظر في سنة رسوله ﷺ فإن وجد فيها ما يقضي به قضى به، فإن أعياه ذلك سأل الناس: هل علمتم أن رسول الله ﷺ قضى فيه بقضاء؟ فربما قام إليه القوم فيقولون قضى فيه بكذا وكذا فيقضي به، فإن لم يجد سنة سنها النبي ﷺ جمع رؤساء الناس فاستشارهم، فإذا اجتمع رأيهم على شيء قضى به. وكان عمر يفعل ذلك.

ب ـ كان أبو بكر يجتهد برأيه ويقول: هذا رأيي فإن يكن صواباً فمن الله وإن يكن خطأ فمني وأستغفر الله.

ج ـ وعمر بن الخطاب اجتهد برأيه، وكان يقول لكاتبه: قل هذا ما رأى عمر بن

(١) إعلام الموقعين ج١ ص ٤٥ وما بعدها.

الخطاب. وكتب عمر بن الخطاب إلى شريح: إذا وجدت شيئاً في كتاب الله فاقض به ولا تلتفت إلى غيره، وإن أتاك شيء ليس في كتاب الله فاقض بما سن رسول الله ﷺ، فإن أتاك ما ليس في كتاب الله ولم يسن فيه رسول الله ﷺ فاقض بما أجمع عليه الناس، وإن أتاك ما ليس في كتاب الله ولا سنة رسول الله ﷺ ولم يتكلم فيه أحد قبلك فإن شئت أن تجتهد برأيك فتقدم وإن شئت أن تتأخر فتأخر، وما أرى التأخر إلا خيراً لك. وكتب عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري: اعرف الأشباه والأمثال وقس الأمور.

د ـ قال عبد الله بن مسعود: من عرض له منكم قضاء فليقض بما في كتاب الله فإن لم يكن في كتاب الله فليقض بما قضى فيه نبيه ﷺ فإن جاء أمر ليس في كتاب الله ولم يقض فيه نبيه ﷺ فليقض بما قضى به الصالحون، فإن جاء أمر ليس في كتاب الله ولم يقض فيه نبيه ﷺ ولم يقض به الصالحون فليجتهد برأيه، فإن لم يحسن فليقم ولا يستحي.

أما ما روي عن فقهاء الصحابة من ذم الرأي فهو محمول على ذم الرأي الفاسد أو الرأي فيما ورد فيه النص، أو الرأي بالنسبة لغير القادر عليه[1].

١٢٩ ـ البرهان على صحة طريقتهم في التعرف على الأحكام:

قلنا إن فقهاء الصحابة، ومنهم الخلفاء الراشدون، كانوا يتلمسون الحكم في كتاب الله ثم في سنة رسوله ﷺ فإن لم يجدوا فيهما حكم المسألة تحولوا إلى الاجتهاد بالرأي. ولا شك أن هذا النهج هو المنهج السليم، ويدل على ذلك أمور:

أولاً: فيما يخص الرجوع إلى الكتاب والسنة، وردت آيات كثيرة توجب اتباع ما جاء فيها.

ثانياً: وأما الاجتهاد بالرأي، فيدل عليه أن النبي ﷺ نفسه اجتهد فيما لم ينزل عليه فيه وحي، وأنه ﷺ أذن لصحابته في أن يجتهدوا كما في حديث معاذ بن جبل

---

(١) انظر إعلام الموقعين ج١ ص ٥٥ وما بعدها، حيث يقسم ابن القيم الرأي إلى ثلاثة أقسام ويوفق بين أخذ فقهاء الصحابة بالرأي وذمهم له.

وغيره، كما أن تعليل الأحكام في القرآن وفي السنة، يشعر أن تشريع الأحكام مقصود به تحقيق مصالح العباد ودرء المفاسد عنهم. فإذا طرأت مسألة لا حكم لها في الكتاب والسنة واستنبط حكمها في ضوء المصلحة فإن هذا الاستنباط يكون موافقاً لاتجاه الشارع في تشريعه الأحكام.

١٣٠ ـ المقصود بالرأي:

قلنا أن الصحابة اجتهدوا واستعملوا آراءهم فيما لا نص فيه، فما المقصود بالرأي؟ الرأي كما يقول الإمام ابن القيم: ما يراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب لمعرفة وجه الصواب مما تتعارض فيه الأمارات، فلا يقال لمن رأى بقلبه أمراً غائباً عنه مما يحس به: إنّه رأيه، ولا يقال أيضاً للأمر المعقول الذي لا تختلف فيه العقول ولا تتعارض فيه الأمارات: إنه رأي، وإن احتاج إلى فكر وتأمل كدقائق الحساب ونحوها[(١)].

والوقائع أن الرأي لم يتحدد في هذا العصر بمعنى واحد لا يشركه فيه غيره، بل كان شاملاً لما سمي فيما بعد بأسماء خاصة كالقياس والمصالح المرسلة وسد الذرائع. وهذا واضح من المسائل التي رجعوا فيها إلى الرأي، فمن تلك المسائل ما كان مردها إلى القياس كما في أخذهم بالعول في الميراث وإدخال النقص على جميع ذوي الفروض قياساً على إدخال النقص على الغرماء إذا ضاق مال المفلس عن إيفاء ديونهم. وكما في قول ابن عباس في نهي النبي ﷺ عن بيع الطعام قبل قبضه: أحسب كل شيء بمنزلة الطعام. وهذا القول من ابن عباس يدل على أخذه بالقياس. وتوريثهم مطلقة الفار أي من طلق زوجته بائناً في مرض موته، أصله سد الذرائع. وقتلهم الجماعة بالواحد مأخذه المصلحة المرسلة وسد الذرائع.

١٣١ ـ التفاتهم إلى تعليل الأحكام ورعاية المصلحة:

ومع هذا التنوع في وجوه الرأي عند الفقهاء فإن المتتبع لاجتهادهم يلحظ أنه بأنواعه قام على أساس نظرهم إلى علل الأحكام ورعايتهم المصلحة ودرء المفسدة.

---

(١) ابن القيم، إعلام الموقعين، ج١ ص ٥٥.

وعلى هذا الأساس لم يطبقوا بعض الأحكام المنصوص عليها لزوال علتها أو لعدم تحقق شروط تطبيق الحكم وإن كان قد يرى ظاهرياً أن هذه الشروط متحققة، أو لغرض الردع والزجر عن الوقوع في المفسدة. كما أدى بهم اجتهادهم القائم على ما ذكرناه إلى استنباط الأحكام الجديدة تحقيقاً للمصلحة ودفعاً للمفسدة.

١٣٢ ـ فمن الأحكام التي وردت بها نصوص ولم تطبق، ما يأتي:

أ ـ سهم المؤلفة قلوبهم:

جاء في القرآن الكريم النص على إعطاء المؤلفة قلوبهم سهماً من الزكاة، قال تعالى: ﴿۞ إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلۡفُقَرَآءِ وَٱلۡمَسَٰكِينِ وَٱلۡعَٰمِلِينَ عَلَيۡهَا وَٱلۡمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمۡ وَفِي ٱلرِّقَابِ وَٱلۡغَٰرِمِينَ وَفِي سَبِيلِ ٱللَّهِ وَٱبۡنِ ٱلسَّبِيلِۖ فَرِيضَةٗ مِّنَ ٱللَّهِۗ وَٱللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٞ﴾ [التوبة: ٦٠]. والمؤلفة قلوبهم منهم المسلم الضعيف في إيمانه، ومنهم غير المسلم الذي يخشى شره أو يرتجى إسلامه(١)، فكان العطاء لهؤلاء لتقوية ضعيف الإيمان أو اتقاء شر غير المسلم أو استمالته للإسلام، وهذه هي علة الحكم بإعطائهم يوم كان المسلمون قلة وفي حالة ضعف وبحاجة إلى تكثير عددهم واتقاء شر مخالفيهم. وفي زمن عمر بن الخطاب لم يعط شيئاً من الزكاة لمن كانوا يسمون «المؤلفة قلوبهم». وهذا الإجراء من الخليفة عمر بن الخطاب لا يعني إلغاء النص أو نسخه، وإنما يعني عدم تطبيقه لعدم توافر شروط التطبيق، وعدم تطبيق شيء وإلغاء النص شيء آخر، وما كان لعمر أو غير عمر أن يلغي نصوص القرآن. وتوجيه عمل عمر ابن الخطاب أن المسلمين في زمانه كثر عددهم وقويت شوكتهم وصارت لهم دولة قوية مرهوبة الجانب، وهذه الأحوال التي صار إليها المسلمون تؤدي بطبيعتها إلى تقوية إسلام المسلم الضعيف وتثبيته عليه، وتساعد على ميل غير المسلم إلى الإسلام وكف شره وأذاه عن المسلمين. ومعنى هذا أن علة الحكم بإعطائهم من الزكاة قد زالت، وبزوالها لا يبقى مجال لتطبيق النص بخصوص سهم المؤلفة قلوبهم، كما لو كان هناك فقراء يعطون من الزكاة باعتبارهم من الفقراء أي لعلة

(١) تفسير المنار ج١٠ ص ٤٩٤ ـ ٤٩٥.

الفقر، فإذا زالت هذه العلة بأن صاروا أغنياء فإنهم لا يستحقون سهم الفقراء لزوال علة إعطائهم وهي فقرهم. فالمؤلفة قلوبهم لم يعد لهم وجود في زمن عمر بن الخطاب لزوال المعنى الذي من أجله استحقوا اسم «المؤلَّفة قلوبهم» وعدم وجودهم يعني عدم وجود مستحق لهذا السهم. فما فعله عمر بن الخطاب يتعلق بشروط تطبيق النص، ولا يدل أبداً على إلغاء النص. فالنص بحكم المؤلفة قلوبهم باق إلى يوم القيامة، لا يلحقه نسخ ويلزم تطبيقه إذا تحققت شروط تطبيقه، كأن تكون للمسلمين حاجة من يرى ولي الأمر تألفه على الإسلام[1]، ولهذا دفع عمر ابن عبد العزيز الخليفة الأموي المعروف شيئاً من أموال الزكاة لمن رأى ضرورة تألفه على الإسلام[2].

ب ـ إيقاف حد السرقة:

ورد النص في الكتاب بقطع يد السارق، ولكن عمر بن الخطاب أوقف تطبيق هذا النص في عام المجاعة فلم يقطع أيدي السراق. وكذلك أوقف تطبيقه على غِلمة لحاطب بن بلتعة سرقوا ناقة لرجل من مزينة. ومأخذ عمر فيما ذهب إليه هو إدراكه علة الحكم وفهم حكمته وشروط تطبيقه، فالسرقة جريمة شنيعة لأنها اعتداء على مال الغير فناسبها عقوبة قطع اليد ردعاً وزجراً عنها، ولكن هذه الجريمة تستلزم تحقق شروط كثيرة منها انتفاء الضرورة لأن «الضروروات تبيح المحظورات» كما تنطق القاعدة الفقهية، والناس في عام المجاعة كانوا في ضيق شديد جداً مما يجعل تلك الظروف من قبيل الضرورات التي توجب على صاحب المال بذله للمحتاج إما بثمن المثل وإما بالمجان على خلاف بين العلماء، فإذا لم يدفعه للمحتاج وسرق هذا مال الغير فإن فعله يعتبر من قبيل ما يجري عند الضرورة من فعل المنهيات ولا يعتبر سرقة بالمعنى الذي يستوجب عقوبة قطع اليد. أما قصة غلمة حاطب بن بلتعة، فقد ذكر عمر بن الخطاب السبب الذي دعاه إلى عدم قطع أيديهم فقد قال مخاطباً عبد الرحمن بن حاطب: «والله لولا أني أعلم أنكم

(١) الأموال لأبي عبيد ص ٦٠٧.

(٢) الطبقات الكبرى لابن سعد ج٥ ص ٢٥٨.

تستعملونهم وتجيعونهم حتى أن أحدهم لو أكل ما حرم الله عليه حل له لقطعت أيديهم»[١]. وهذا الصنيع من عمر بن الخطاب لا يدل على نسخ الحكم وإلغائه وإنما يدل على فهم عميق لعلة الحكم وشروط تطبيقه وإحاطة نادرة بأسرار الشريعة وحكمها ومبنى أحكامها. وبعد فإن عدم تطبيق الحكم في واقعة معينة لا يعني إلغاء الحكم وإنما يعني عدم توافر شروط التطبيق في هذه الواقعة.

ج ـ ضوال الإبل:

جاء في الحديث الصحيح عن زيد بن خالد أنه سأل النبي ﷺ عن ضالة الإبل فقال النبي ﷺ: «ما لك ولها، دعها فإن معها حذاءها وسقاءها، ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها..»[٢] فالحديث صريح في النهي عن التقاط ضالة الإبل، وهكذا كان الحكم في عهد النبي ﷺ وعهد أبي بكر وعمر. ولكن في زمان عثمان ابن عفان أمر بأخذها وبيعها وحفظ أثمانها إلى أن يظهر صاحبها. وفي زمن علي ابن أبي طالب جعل لضوال الإبل بيتاً خاصاً يحبسها فيه ويطعمها ويسقيها من مال بيت المال إلى أن يظهر صاحبها ويثبت أنها له[٣]. ولا شك أن ما فعله عثمان وعلي مرده ملاحظة المصلحة التي شرع الحكم من أجلها، وهي حفظ الإبل الضائعة لصاحبها. وقد كان هذا الحفظ يكفي لتحصيله ترك الإبل دون التقاطها فيأتي صاحبها ويأخذ إبله. إلا أن هذه المصلحة لم يعد بالإمكان تحقيقها بطريق ترك الإبل على حالها خوفاً من أن تمتد يد غير أمينة إليها وتأخذها نظراً لتغير النفوس فيضيع المال على صاحبه، فكان هذا التغير داعياً إلى التقاط الإبل وبيعها كما رأى عثمان، أو حفظها في محل معين كما رأى علي. وفي هذا وذاك حفظ المال على صاحبه وهو الغرض الذي من أجله شرع الحكم، فلم يكن ما فعله عثمان وعلي مخالفاً للحديث إلا مخالفة ظاهرية وهو في الحقيقة موافق للحديث ويحقق الغرض منه.

---

(١) إعلام الموقعين ج٣ ص ٧ ـ ٨.

(٢) نيل الأوطار للشوكاني ج٥ ص ٣٣٨ ـ ٣٣٩.

(٣) شرح الباجي لموطأ مالك ج٦ ص ١٤٢ وج٧ ص ٦٨ والزرقاني شرح موطأ مالك ج٣ ص ١٢٩.

د ـ الطلاق الثلاث:

وكان الطلاق الثلاث بلفظ واحد يعتبر طلقة واحدة على عهد رسول الله ﷺ وعهد أبي بكر وسنتين من خلافة عمر بن الخطاب. فقال عمر: إن الناس استعجلوا في أمر كان لهم فيه أناة، فلو أمضيناه عليهم، فأمضاه عليهم. فعمر بن الخطاب أوقف تطبيق ما وردت به السنة وهو جعل الطلاق الثلاث بلفظ واحد طلقة واحدة؛ لأنه رأى تتابع الناس في هذه المخالفة وإيقاعهم الطلاق ثلاثاً بلفظ واحد وهذا خلاف المشروع، فأراد زجرهم عن هذه المخالفة سداً لذريعة الفساد فأوقعه عليهم. ولا يقال: لِمَ لَمْ يعاقبهم النبي ﷺ وأبو بكر بإيقاع الثلاث عليهم لا يقال هذا لأن القوم في عصر النبي ﷺ وأبي بكر ما كانوا يكثرون إيقاع الطلاق على هذا النحو فكان ما يقع منهم من طلاق ثلاث بلفظ واحد نادراً أو على وجه الخطأ، أما في زمن عمر فقد كثر منهم هذا الصنيع المخالف لما هو مشروع في باب الطلاق، فأراد عمر زجرهم عن ذلك بإلزامهم بالطلاق الثلاث دفعاً لمفسدة مخالفة الطلاق المسنون(١).

١٣٣ ـ الأحكام المستنبطة على أساس جلب المصلحة ودفع المفسدة:

ومن الأحكام الجديدة التي استنبطوها بناء على تحقيق مصلحة أو درء مفسدة ما يأتي:

أ ـ توريث من طلقها زوجها بائناً وهو في مرض الموت، سداً لذريعة الإضرار بالزوجة. وقد رأى عثمان توريثها سواء مات زوجها في العدة أو بعدها، ورأى عمر توريثها إذا مات زوجها في العدة، لا بعدها.

ب ـ ومن باب سد الذريعة للفساد أيضاً ما ذهب إليه عمر من حرمة المرأة مؤبداً على من تزوجها وهي في عدتها(٢).

ج ـ ومنه أيضاً جمع القرآن، وقتل الجماعة بالواحد، فجمع القرآن اتفق عليه

---

(١) إغاثة اللهفان لابن القيم ج١ ص ٢٨٦، ٢٣٣.

(٢) تاريخ التشريع للخضري ص ١١٨.

الصحابة. وقتل الجماعة بالواحد ذهب إليه عمر وعلي ولم يعرف لهما مخالف. وكلا الحكمين لوحظ فيه تحقيق المصلحة ودرء المفسدة. ومن هذا القبيل أيضاً حكم عمر بن الخطاب بإمرار الماء من أرض محمد بن مسلمة لسقي أرض جاره الضحاك.

١٣٤ ـ تقديرهم لآرائهم:

ومع أخذهم بالرأي ورجوعهم إليه، فما كان أحد منهم يقطع بأن ما وصل إليه هو حكم الله، وإنما كان يقول: هذا رأيي فإن يكن صواباً فمن الله، وإن يكن خطأ فمني، والله ورسوله بريئان منه. وهذا ما نقل عن غير واحد من فقهاء الصحابة كأبي بكر وعمر وعبد الله بن مسعود. حتى أن كاتب عمر بن الخطاب أراد أن يكتب: هذا ما رأى الله ورأى عمر، فقال له عمر بن الخطاب: بئس ما قلت، قل: هذا ما رأى عمر فإن يكن صواباً فمن الله، وإن يكن خطأ فمن عمر(١).

كما أنهم ما كانوا يلزمون غيرهم بالأخذ بآرائهم فلكل رأيه واجتهاده. يدل على ذلك ما روي أن عمر بن الخطاب لقي رجلاً فقال: ما صنعت؟ قال: قضى علي وزيد بكذا، قال: لو كنت أنا لقضيت بكذا، قال: فما منعك والأمر إليك؟ قال: لو كنت أردك إلى كتاب الله أو إلى سنة نبيه ﷺ لفعلت ولكني أردك إلى رأي والرأي مشترك، فلم ينقض ما قال علي وزيد(٢).

١٣٥ ـ الإكثار من الرأي والإقلال منه:

كان فقهاء الصحابة جميعاً لا يلجؤون إلى الرأي إلا إذا لم يجدوا الحكم في الكتاب أو في السنة. إلا أنهم ما كانوا سواء في رجوعهم إلى الرأي في هذه الحالة فمنهم المكثر من الرأي ومنهم المقل. وكان على رأس المكثرين عمر وعلي وعبد الله بن مسعود. وعلى رأس المقلين عبد الله بن عمر وعبد الله بن عمرو بن العاص والزبير. وهكذا ظهرت في هذا الدور نزعتان في الفقه: نزعة الإكثار من

---

(١) إعلام الموقعين ج١ ص ٤٥، ١٧٧.

(٢) إعلام الموقعين ج١ ص ٥٤.

الرأي ونزعة الإقلال منه. ولا شك أن مرد هاتين النزعتين ليس اعتقاد المقلين حرمة الأخذ بالرأي وإنما مرده أمر آخر، هو على ما نرجح طبيعة الفقيه نفسه وما فطر عليه ونمط تفكيره. وبيان ذلك أن الفقهاء يختلفون في نظرتهم للنصوص واستنباطهم الأحكام، فمنهم من فطر على حب الوقوف عند ظاهر النصوص والمعنى المتبادر منها وعدم الابتعاد عن هذا المعنى الظاهر المتبادر إلا قليلاً. ومن شأن هذه النزعة حمل أصحابها على عدم الميل إلى الرأي، والاكتفاء بالنصوص والتهيب من الفتوى بالرأي.

ومن الفقهاء من لا يكتفي بظاهر النصوص، بل ينزع بفطرته إلى التغلغل في معاني النصوص والوقوف على مراميها البعيدة وإدراك أسرار التشريع وحكمه. ومن شأن هذه النزعة حمل صاحبها على الميل إلى الرأي حيث لا نص في المسألة وعدم التهيب من الإفتاء بالرأي.

وقد وجدت هاتان النزعتان منذ زمن النبي ﷺ؛ لأنهما تقومان على فطرة الفقيه وما جبل عليه ونمط تفكيره وطبيعة نظرته للأمور وتفهمه للنصوص. ويكفي هنا أن نضرب مثلاً واحداً يدل على رجحان ما ذهبنا إليه. فقد روي أن النبي ﷺ أمر أصحابه بالتوجه إلى بني قريظة وأمرهم أن يصلوا العصر في بني قريظة، ولما حان وقت العصر صلى بعض المسلمين في الطريق وقالوا: ما أراد الرسول ﷺ بقوله إلا السرعة في السير وما أراد منا تأخير الصلاة عن وقتها. وفريق آخر لم يصل العصر في الطريق، بل أخرها إلى حين وصوله إلى بني قريظة. وقد أخبر الفريقان النبي ﷺ بما فعلا فلم ينكر على أحدهما.

١٣٦ ـ الاختلاف في الرأي:

قلنا: إن فقهاء الصحابة اجتهدوا، والاجتهاد يتبعه اختلاف أو اتفاق. فالاختلاف بالرأي نتيجة حتمية للاجتهاد، وهو دليل حيوية الفقه كما أنه دليل إعمال الفقهاء عقولهم وشدة حرصهم على معرفة الصواب. وإنما كان الخلاف أمراً طبيعياً للاجتهاد بالرأي؛ لأن العقول ليست واحدة، ومدارك الفقهاء ليست واحدة، وعمق الملكة الفقهية ليست واحدة في الجميع. وعلى هذا فنحن لا نضيق باختلاف

الفقهاء ولا نستغرب منها، بل نعدها ثروة قانونية عظيمة خلفها السلف للخلف. على أن هذا القول لا يعني أننا نحرص على الاختلافات ونؤثر وقوعها، لا ، لا نقصد هذا ولا نريده وإنما نريد أن نبين أن الخلاف أمر طبيعي في كل اجتهاد وأنه بجوهره وجه من وجوه الشريعة وتنزيل أحكامها العامة على الوقائع. فإذا عرفنا هذه الحقيقة نجونا من داء التعصب الذميم لأقوال بعض المجتهدين دون بعض بلا دليل أو برهان، فالشريعة أوسع من أن يحيطها مذهب مجتهد معين سواء أكان هذا المجتهد الفقيه صحابياً أم غير صحابي. ولهذا فقد اختلف فقهاء الصحابة في بعض ما اجتهدوا فيه.

١٣٧ ـ أسباب اختلاف الفقهاء في هذا العصر:

يرجع اختلاف الفقهاء في هذا العصر إلى جملة أسباب نذكر منها ما يلي:

أولاً: اختلافهم بسبب علم البعض بالسنة وعدم علم البعض الآخر بها. وتفصيل ذلك، أن السنة ما كانت مدونة كما أن أحداً ما كان يستوعبها حفظاً، وإنما كانت موزعة فيما بينهم، فقد يعلم بعضهم منها ما لا يعلمه الآخرون. وقد ترتب على ذلك أن من علم سنة نبوية معينة أفتى بمقتضاها، ومن لم يعلمها أفتى بما يؤديه إليه اجتهاده، وربما وافق اجتهاده حكم السنة وربما خالفه. فمن ذلك أن عمر بن الخطاب ما كان يرى أن أصابع اليد في الدية سواء حتى بلغته سنة النبي ﷺ القاضية في مساواة أصابع اليد في الدية فعدل عن رأيه. وكان ابن عباس يرى أن الحامل المتوفى عنها زوجها تعتد أبعد الأجلين، إذ لم تبلغه سنة النبي ﷺ في سبيعة الأسلمية حيث أخبرها النبي ﷺ أن عدتها تنقضي بوضع حملها. وكان زيد بن ثابت وعبد الله بن عمرو وغيرهما يرون أن المرأة المتوفى عنها زوجها قبل الدخول وقبل أن يفرض لها مهراً، أن لا شيء لها من المهر، لأنهم لم تبلغهم سنة النبي ﷺ في بروع بنت واشق الذي جعل لها مهر المثل[1].

ثانياً: اختلافهم بسبب عدم وثوقهم بالسنة. فقد يجهل أحدهم السنة فإذا رويت

(١) محاضرات في أسباب اختلاف الفقهاء تأليف أستاذنا علي الخفيف ص ٢٥ وما بعدها.

له ربما لا يطمئن بروايتها ولا يثق براويها لأي سبب كان، فلا يأخذ بها. فمن ذلك أن عمر بن الخطاب لم يثق بحديث فاطمة بنت قيس حيث قالت إن النبي ﷺ لم يفرض لها نفقة ولا سكنى لما طلقها زوجها بائناً[1].

ثالثاً: اختلافهم بسبب اختلافهم في فهم النصوص: فمن ذلك اختلافهم في العدة هل هي ثلاثة أطهار أو ثلاث حيض، ومراد اختلافهم إلى المقصود بكلمة قروء الواردة في قوله تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨] فالقروء جمع قرء وتستعمل بمعنى الطهر وبمعنى الحيض، فمنهم من حمله على معنى الطهر ومنهم من حمله على معنى الحيض.

رابعاً: اختلافهم بسبب الاجتهاد فيما لا نص فيه. ذلك أن المسائل التي حدثت في هذا العصر ولم ترد فيها نصوص، اجتهد الفقهاء في استنباط أحكامها، وكانت طرقهم في استنباط الأحكام لهذه المسائل متعددة، فتارة يستعملون القياس وطوراً يأخذون بالمصلحة أو بسد الذرائع أو غيرها. والأنظار تختلف في هذه الأساليب والآراء تتباين فيها، مما يؤدي إلى وقوع الخلاف في هذه المسائل، فمن ذلك أن أبا بكر كان يساوي بين الناس في العطاء، وكان عمر يخالف بينهم على أساس سابقتهم في الإسلام، وكان أساس الاختلاف فيما يتحقق به العدل في العطاء، فكان أبو بكر يرى العدل في المساواة ولا دخل للأسبقية في الإسلام في تقسيم المال، وعمر كان يرى أن من تمام العدل عدم مساواة من أسلم أولاً وهاجر ونصر الإسلام بمن أسلم أخيراً ولم ينصر الإسلام نصرة الأولين.

ومن ذلك رأي الإمام عمر فيمن نكح امرأة في عدتها ودخل بها أنها تحرم عليه حرمة مؤبدة بعد التفريق بينهما عقوبة له وردعاً للآخرين. ورأي الإمام علي بن أبي طالب أن لا داعي لتحريمها عليه، بل يكفي التفريق بينهما وتعزيره على ما فعل. فالاختلاف هنا مرده النظر والرأي وتقدير الحاجة إلى الزجر بتحريم المرأة على من تزوجها وهي في العدة[2].

---

(١) تاريخ التشريع الإسلامي للخضري ص ١٢٠ ـ ١٢١.

(٢) تاريخ التشريع الإسلامي للخضري ص ١١٧ ـ ١١٨.

١٣٨ ـ الاختلاف قليل لا كثير:

ومع أن الفقهاء في هذا العصر اختلفوا، إلا أن اختلافهم كان قليلاً لا كثيراً لأن الاجتهاد كان يأخذ شكل الشورى لا سيما في زمن أبي بكر وعمر وهذا المسلك يقرب وجهات النظر ويقضي على الاختلاف في معظم الأحيان. كما أن الفقه كان في هذا العصر فقهاً واقعياً بمعنى أن الفقهاء ما كانوا يفرضون المسائل مقدماً ويبحثون عن حكمها وإنما يفتون إذا وقعت الحادثة وظهرت الحاجة إلى معرفة حكمها مما جعل الإفتاء قليلاً بالنسبة إلى ما حدث فيما بعد، ومع قلة الإفتاء يقل الاختلاف. وأيضاً فإن المسائل بمجموعها أقل مما حصل في العصور اللاحقة بها. وأخيراً فإن فقهاء الصحابة ما كانوا يتهجمون على الفتوى، بل كانوا يحبون لو كفاهم غيرهم، ومع قلة المفتين يقل الاختلاف.

١٣٩ ـ أكثر فقهاء الصحابة إفتاء:

والذين حفظت عنهم الفتوى من أصحاب رسول الله ﷺ أكثر من مئة وثلاثين نفساً ما بين رجل وامرأة. وكان المكثرون منهم في الفتوى سبعة: عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وعبد الله بن مسعود وعائشة أم المؤمنين وزيد بن ثابت وعبد الله ابن عباس وعبد الله بن عمر. المتوسطون منهم: أبو بكر الصديق وعثمان بن عفان وأبو موسى الأشعري وسعد بن أبي وقاص وسلمان الفارسي وغيرهم[١].

١٤٠ ـ التدوين في هذا العصر:

في هذا العصر تم تدوين القرآن الكريم في مجموعة واحدة أي في مصحف واحد بعد أن كان موزعاً غير مجموع. وبيان ذلك، أن عمر بن الخطاب جاء إلى أبي بكر وقال له: إن القتل استحر بقراء القرآن في القتال وأخشى أن يكثر القتل فيهم في مواطن الجهاد الأخرى فيذهب كثير من القرآن، وإني أرى أن تأمر بجمع القرآن. فقال أبو بكر: كيف نفعل شيئاً لم يفعله رسول الله ﷺ؟ فقال عمر: هذا

---

(١) إعلام الموقعين ج١ ص ٩.

والله خير، فلم يزل يراجعه عمر حتى شرح الله صدر أبي بكر لذلك، فأمر أبو بكر زيد بن ثابت بتتبع القرآن وجمعه، فتم له ذلك، وكان زيد من كتاب الوحي[١]. وهكذا دون القرآن في مجموعة واحدة.

أما السنة فلم تدون في هذا العصر وظلت محفوظة في صدور الصحابة بلا تدوين.

وقد روي أن عمر بن الخطاب همّ بكتابتها إلا أنه ترك ذلك.

(١) التعريف بالقرآن والحديث تأليف أستاذنا محمد الزفزاف ص ٧٩.

الفصل الثالث

الدور الثالث

١٤١ ـ تمهيد:

يبدأ هذا الدور من نهاية عصر الخلفاء الراشدين أي من سنة ٤١هـ إلى أوائل القرن الثاني للهجرة أي إلى قبيل سقوط الدولة الأموية.

وقد سار الفقه في هذا الدور على نهج الصحابة في الفقه، لأن التابعين تلقوا الفقه عنهم، وساروا على مناهجهم في استنباط الأحكام. فكان فقهاء هذا العصر يرجعون إلى الكتاب ثم إلى السنة ثم إلى الاجتهاد بالرأي بأنواعه ناظرين إلى علل الأحكام ومراعاة المصلحة ودفع المفسدة.

إلا أن التحديث بالسنة شاع في هذا العصر وازداد لأسباب سنذكرها. والاجتهاد بالشورى ـ وما يتبعه من إجماع على رأي واحد أو على الأقل تقليل الاختلاف لم يعد ممكناً في هذا الدور لتفرق الفقهاء في الأمصار وظهور بعض الفرق كالخوارج وغيرهم. واتساع رقعة البلاد الإسلامية وكثرة النوازل أدى إلى كثرة المسائل والاختلاف فيها. وأخيراً فإن الفقهاء في هذا العصر ما كانوا سواء في نزعتهم الفقهية، فكان منهم ـ كما كان في عصر الخلفاء الراشدين ـ المتهيب من الرأي والجريء فيه، إلا أن ظهور هاتين النزعتين في هذا الدور كان على نحو أشد وأقوى وأوضح من الدور السابق مما أدى إلى ظهور مدرسة أهل الحديث ومدرسة أهل الرأي.

وعلى هذا، فيمكننا إجمال التطورات في الفقه واتجاهاته في هذا الدور بأمور ثلاثة: (أولاً) اتساع دائرة الفقه وكثرة الخلاف في مسائله. (ثانياً) شيوع رواية الحديث وأثره في الفقه وغيره (ثالثاً) ظهور مدرسة أهل الحديث ومدرسة أهل الرأي. ونتكلم فيما يلي بإيجاز عن هذه الأمور وما يتعلق بها.

١٤٢ ـ اتساع دائرة الفقه وكثرة الخلاف في مسائله:

دائرة الفقه تتسع بازدياد الحوادث والوقائع، فكل واقعة لابد لها من حكم في الشريعة إما بالنص وإما بالاستنباط. وقد ازدادت الحوادث في هذا العصر، وهذا هو شأن الحياة، فأحداثها بازدياد مستمر وتطور وتغير. يضاف إلى ذلك اتساع رقعة البلاد الإسلامية، وهذه البلاد تختلف فيما بينها بالعادات والتقاليد والأحوال الاجتماعية والاقتصادية ونمط العيش وأسلوب المعاملات ودرجة الحضارة، وكل هذه الأمور تدعو إلى تنوع الوقائع وبالتالي كثرة مسائل الفقه واتساع دائرته.

هذا من جهة اتساع دائرة الفقه. أما الاختلاف في مسائله فيرجع إلى أسباب كثيرة:

أولاً: انتشار الفقهاء، من الصحابة والتابعين، في الأمصار الإسلامية واستيطانهم فيها. وقد تبع ذلك إقبال الناس عليهم يستفتونهم ويسألونهم عن حكم الشرع فيما يقع عندهم، ويتلقون عنهم علم الدين والفقه في أحكامه. ولا شك أن أولئك الفقهاء ما كانوا سواء في الفقه وحفظ السنة ومقدار الفهم للكتاب والسنة، الأمر الذي يؤدي إلى اختلافهم فيما يجتهدون فيه أو يفتون.

ثانياً: إن الاجتهاد بالشورى، الذي يؤدي إلى الاتفاق على رأي واحد أو تقريب وجهات النظر، لم يعد ممكناً في هذا الدور، كما قلنا، لتفرق الفقهاء والأمصار وتعذر المراجعة والمذاكرة والاتصال فيما بينهم على نحو مؤثر كاف. فضلاً عن قيام بعض الفرق الإسلامية كالخوارج وغيرهم، وهذه الفرق تختلف فيما بينها في مناهج الاستنباط ومناحي الاستدلال وعدم اطمئنان كل فرقة بما عند الأخرى من فقه وكل هذه الأمور تؤدي إلى الاختلاف في الرأي.

ثالثاً: إن البلاد التي نزلها الفقهاء، كانت مختلفة فيما بينها في العادات والتقاليد ونظم المعاملات وأحوال الاجتماع والاقتصاد ونحو ذلك، كما قلنا، وهذا الاختلاف يؤثر في اجتهادات الفقهاء، لأن الفقيه يراعي أحوال بلده وظروفه ما دامت غير مخالفة للشرع.

رابعاً: إن أهل كل بلد تلقوا العلم عن فقهائهم ووثقوا بهم لمعرفتهم بهم ومخالطتهم لهم وقد دعاهم ذلك إلى التعلق بفتاويهم والوثوق بمروياتهم والسير على

منهاجهم، فما كان السهل عليهم التحول عما ألفوه وعرفوه وساروا عليه، كما لم يحسوا بالحاجة الملحة الشديدة إلى معرفة فقه غير بلدهم وبحث ما عند فقهائه. وهكذا نجد كل قطر يلزم فتاوى وأقضية فقهائه. فأهل المدينة أكثر ما يتبعون فتاوى عبد الله بن عمر الصحابي المعروف، وفتاوى عبد الله بن عباس وتلامذته كمجاهد بن جبر وعطاء بن أبي رباح، وطاوس بن كيسان. وأهل الكوفة اعتمدوا فتاوى عبد الله ابن مسعود ومن تلقى الفقه عنه من التابعين كعلقمة النخعي والأسود بن يزيد وإبراهيم النخعي. وأهل البصرة اعتمدوا على فتاوى أبي موسى الأشعري، وأنس بن مالك، ومحمد بن سيرين. وأهل الشام عولوا على فتاوى معاذ بن جبل وعبادة بن الصامت ومن تخرج على أيديهم من التابعين مثل أبي إدريس الخولاني وعمر بن عبد العزيز ونحوهما. وأهل مصر أخذوا بفتاوى عبد الله بن عمرو بن العاص[١].

١٤٣ ـ شيوع رواية الحديث، سببه وأثره:

كان التحديث عن رسول الله ﷺ في عهد الصحابة قليلاً[٢]، أما في هذا الدور فقد شاعت رواية الحديث وكثرت، وسبب ذلك تفرق الفقهاء في البلاد وتجدد الحوادث وضرورة البحث عن أحكامها، فكان ذلك داعياً إلى السؤال عن السنة وقيام الحافظين لها بالتحديث واستنباط الأحكام منها.

ولا شك أن أولئك الفقهاء ما كانوا سواء في درجة حفظ السنة، فقد كان عند بعضهم من السنة ما ليس عند الآخر وكان منهم المكثرون في الرواية والمقلون[٣].

---

(١) انظر إعلام الموقعين ج١ ص ١٧ وما بعدها. وتاريخ الفقه الإسلامي، للشيخ السايس ورفقائه ص ٨٠.

(٢) وسبب قلة التحديث في عصر الصحابة قلة الوقائع، ومعرفة الصحابة بالسنة، فما كانت هناك من حاجة للتحديث بالسنة ابتداء قبل وقوع الحادثة. وما نقل عن عمر من النهي عن كثرة التحديث محمول ـ في نظرنا ـ على عدم وثوقه بضبط من يحدث مما قد يؤدي ذلك إلى الخطأ.

(٣) السنة لم يحفظها واحد وإنما هي محفوظة في الأمة. فالصحابة حفظوا السنة بمجموعهم ولم يحفظها واحد بعينه. والسبب في ذلك أن النبي ﷺ كان يصدر منه القول أو الفعل فيحفظه ويعيه من كان حاضراً ويغيب عن من كان غائباً.

وكان من أثر شيوع رواية الحديث ما يأتي:

أ ـ اتساع الأحكام وكثرة الاستنباط من السنة، والسنة هي مادة الفقه ومصدره الثاني.

ب ـ كثرة وضع الحديث من قبل المفسدين المنطوية قلوبهم على بغض الإسلام والكيد له. فقد استغل هؤلاء كثرة التحديث عن رسول الله ﷺ فلفقوا الأحاديث ونسبوها إلى النبي ﷺ وأشاعوها بين المسلمين لإفساد دينهم، وقد شارك في وضع الحديث بعض المتعصبين لآرائهم من أصحاب الفرق المختلفة، وبعض الجهلة الذين أرادوا ـ بزعمهم ـ الخير للناس فوضعوا الأحاديث في باب الفضائل والترغيب والترهيب.

ج ـ وقد ترتب على وضع الحديث عرقلة سير الفقه وتعسير طريقة الفقهاء وإبطائهم في عملهم، فبعد أن كان الفقيه يسمع الحديث مطمئناً واثقاً بصحته فينصرف إلى النظر فيه والاستنباط منه، صارت مهمته ـ بعد كثرة الوضع ـ شاقة، إذ صارت مهمته فحص الحديث سنداً ومتناً للتأكد من صحته قبل أن ينظر فيه ويستنبط منه. كما أن شيوع الوضع أدى بفقهاء العراق إلى اشتراط شروط ثقيلة لقبول الحديث مما أدى إلى تقليلهم الرواية وقبول القليل مما يسمعون وهذا أدى بهم إلى اللجوء إلى الرأي أكثر من غيرهم.

د ـ ولكن مكيدة الوضاعين لم تمر كما قدروا ولم تنخدع الأمة بما وضعوا ولفقوا فقد قامت ثلة من أعيان علماء الإسلام للكشف عن أولئك الوضاعين وإظهار كذبهم وتعريف الأمة بهم واحداً واحداً، وهكذا بدأ يتكون علم جديد ليس له نظير عند غير المسلمين. وهو ما يسمى بعلم الجرح والتعديل، أو علم الرجال. وهذا العلم دقيق جليل القدر عظيم الفائدة يهدف إلى خدمة السنة والكشف عن أحوال رواتها واحداً واحداً وتمييز الصادق من الكاذب والضابط من الواهم، والموثوق بروايته من المطعون فيها. وقد بدأ الكلام في الجرح والتعديل في بداية هذا العصر، فنقلت أقوال في هذا العلم عن عبد الله بن عباس ثم عن غيره من التابعين ثم تتابع القول فيه حتى صار علماً مستقلاً قائماً بذاته له قواعده وأصوله ورجاله.

١٤٤ ـ ظهور مدرسة أهل الحديث ومدرسة أهل الرأي:

قلنا: إن الاجتهاد بالرأي في عصر الخلفاء الراشدين كان يقوم على أساس النظر إلى علل الأحكام ومراعاة المصلحة، وإن الفقهاء كانوا فريقين: فريق يتهيب من الرأي ولا يلجأ إليه إلا قليلاً. وفريق لا يتهيب من الرأي بل يلجأ إليه كلما وجد ضرورة لذلك. وفي هذا العصر اشتد ظهور هاتين النزعتين وأخذت تتحدد ملامح كل منهما وتتبين مناهجها ويكثر أنصارها، فقد وجد الفقهاء من هاتين النزعتين، فكان منهم الواقفون عند النصوص لا يتجاوزونها ولا يميلون إلى الرأي، ورأوا في منهجهم هذا العصمة من الفتن التي وقعت، والسلامة من الوقوع في الخطأ والزلل والتهجم على الشريعة بغير علم. وكان أكثر هؤلاء الفقهاء في المدينة بالحجاز. كما وجد من الفقهاء من لا يقف عند النصوص، بل يغوص في معانيها ويتعرف عللها ويبني على هذه العلل وتلك المعاني الأحكام الجديدة، ولذا فما كان هؤلاء يتهيبون من الإفتاء بالرأي ولا يرون فيه تهجماً على الشريعة بغير علم، بل فيه سلوك ما أرشدت إليه نصوص الشريعة وما ورد فيها من تعليل الأحكام. كما أن هؤلاء وجدوا في كثرة وضع الحديث ما يدفعهم إلى المزيد من استعمال الرأي، وكان أكثر هذا النوع من الفقهاء في الكوفة بالعراق. وهكذا ظهرت مدرسة أهل الحديث في المدينة، ومدرسة أهل الرأي في الكوفة.

١٤٥ ـ أساس الخلاف بين المدرستين:

وليس الخلاف بين المدرستين في الاحتجاج بالسنة، فهذا لا خلاف فيه، وإنما الخلاف في أمرين: (الأول) الأخذ بالرأي (والثاني) في تفريع المسائل بناء على الرأي. ونتكلم فيما يلي عن كل أمر من هذين الأمرين على حدة.

الأمر الأول ـ الأخذ بالرأي:

فأهل الحديث يقفون عند النصوص والآثار والمعاني المتبادرة منها ولا يميلون إلى الرأي ولا يأخذون به إلا اضطراراً وربما توقف بعضهم عن الإفتاء بالرأي فيما لا نص فيه، فقد روي أن رجلاً جاء إلى سالم بن عبد الله بن عمر وسأله عن مسألة فقال: لم أسمع فيها شيئاً، فقال الرجل: فأخبرني ـ أصلحك الله ـ برأيك، فقال:

لا، ثم أعاد عليه السائل سؤاله قائلاً: إني أرضى برأيك، فقال سالم: لعلي إن أخبرتك برأيي ثم تذهب بعد ذلك فأرى رأياً فلا أجدك[1]. وهكذا كان فقهاء مدرسة الحديث يتهيبون من الفتوى بالرأي ويؤثرون الوقوف عند النصوص والآثار ولا يريدون الإفتاء بدونها.

أما فقهاء مدرسة الرأي فما كانوا يتهيبون من الفتوى بالرأي ما دام لا نص في الكتاب ولا في السنة فيما يجتهدون فيه. ولهذا أكثروا من استعمال الرأي بخلاف الأولين، وحجتهم في ذلك أن أحكام الشريعة معقولة المعنى وأنها اشتملت على مصالح العباد، وبنيت على أساس تحقيق تلك المصالح فلا بد من البحث عن تلك العلل والمصالح التي شرعت الأحكام من أجلها حتى يمكن للفقيه استنباط الأحكام الجديدة على ضوء هذه المصالح وتلك العلل. ويستدلون أيضاً بفعل كبار الصحابة مثل عمر بن الخطاب وعلي وعبد الله بن مسعود حيث كانوا يأخذون بالرأي وينظرون في علل الأحكام ومقاصدها.

الأمر الثاني ـ تفريع المسائل:

كان فقهاء مدرسة الحديث لا يفرعون المسائل ولا يفرضون الوقائع ثم يبحثون عن أحكامها، ولهذا كان فقههم واقعياً لا يفتون إلا فيما يقع وبالنصوص والآثار لا بالرأي، فإن أعوزهم النص ربما توقفوا عن الإفتاء وربما أفتوا بالرأي مضطرين كارهين وبنطاق ضيق جداً.

أما فقهاء مدرسة الرأي فما كانوا يقفون عند المسائل الواقعية يستنبطون لها الأحكام، وإنما كانوا يفرضون مسائل لم تقع ويستخرجون لها الأحكام بآرائهم. والحقيقة أن مدرسة الرأي بدأ فقهها واقعياً ثم اتجه إلى الفرض والتقدير بعد أن استخلص فقهاؤها علل الأحكام ووضعوا القواعد والضوابط للمسائل، وقد بلغ هذا الاتجاه مداه في مدرسة أبي حنيفة كما سيأتي بيانه فيما بعد.

١٤٦ ـ أسباب وجود مدرسة الحديث في المدينة ومدرسة الرأي في الكوفة:

ليس وجود مدرسة الحديث في المدينة، ومدرسة الرأي في الكوفة ذات المدينة

(١) تاريخ الفقه الإسلامي، للشيخ محمد علي السايس ورفقائه ص ٧٧.

وذات الكوفة، وإنما هو ذات الفقيه نفسه وما جبل عليه من طبيعة نزاعة إلى الرأي أو غير نزاعة إليه. هذا هو السبب المهم ـ في نظرنا ـ في تكوين نوع النزعة الفقهية عند الفقيه. ويؤيد ذلك وجود فقهاء رأي في المدينة وفقهاء حديث في الكوفة، فربيعة بن عبد الرحمن شيخ مالك كان من فقهاء المدينة واشتهر بالرأي حتى سمي بربيعة الرأي. وعامر شراحيل المعروف بالشعبي كان من فقهاء الأثر والحديث ويكره الرأي ولا يرضى بمسلك أصحابه وكان هو في الكوفة ومن فقهائها البارزين.

ومع هذا فهناك أسباب وعوامل ساعدت على نشوء مدرسة الحديث في المدينة ومدرسة الرأي في الكوفة. ومن هذه الأسباب ما يأتي:

أولاً: تأثر فقهاء المدرستين بطريقة شيوخهم: ففقهاء المدينة تخرجوا على فقهاء الصحابة المقلين من الرأي أو الكارهين له الواقفين عند النصوص كعبد الله بن عمر. ومن كان منهم تلميذاً لصحابي كثير الرأي اكتفى برواية آرائه ولم يأخذ مذهبه في هذا الرأي.

أما فقهاء الكوفة فقد تأثروا بطريقة عبد الله بن مسعود ومن تلقى الفقه عنه. وكان ابن مسعود ميالاً إلى الرأي يأخذ به ولا يهابه حيث لا نص في المسألة.

ثانياً: كثرة الأحاديث والآثار الفقهية في المدينة[1] لأنها مهبط الوحي ومواطن الصحابة. ومع هذه الكثرة من السنة وفتاوى الصحابة لا يجد الفقيه حاجة إلى الرأي، وإذا وجد فبقدر قليل جداً.

أما في الكوفة، فكانت السنة والآثار أقل مما في المدينة، ومع قلة السنة تظهر الحاجة إلى الرأي. أضف إلى ذلك شيوع الوضع في الحديث في الكوفة وفي العراق عامة لكثرة الفرق المختلفة وذوي الأغراض الخبيثة، مما جعل فقهاء الكوفة لا يقبلون الأحاديث إلا بعد التمحيص الشديد، وانطباق ما اشترطوه من شروط على الحديث ليقبلوه، مما أدى إلى قلة السنة الصحيحة عندهم، وهذا أدى إلى استعمالهم الرأي بكثرة.

---

(١) مقدمة ابن خلدون ص ٤٤٠.

ثالثاً: بساطة الحياة في المدينة وعدم تجدد الوقائع إلا بقدر قليل، ومع هذه البساطة في الحياة ومشابهة معظم وقائعها بما وقع في عهود الصحابة، لا تظهر الحاجة إلى الرأي إلا بقدر قليل.

أما في الكوفة، فالحياة معقدة غير بسيطة، لأن العراق بلد ذو حضارة قديمة وتقاليد وعادات مختلفة وتيارات فكرية، ويقطنه أقوام من أجناس شتى ولكل منهم أعرافه وعاداته، وهذا كله يجعل الحوادث متنوعة وكثيرة، مما يحمل الفقيه على الإكثار من الرأي.

١٤٧ ـ وكان رئيس مدرسة الحديث الإمام سعيد بن المسيب المتوفى سنة ٩٤هـ، وهو أحد الفقهاء السبعة الذين نشروا الفقه في المدينة بعد أن تلقوه عن الصحابة[1] وكان من سادات التابعين فقهاً وديناً وورعاً وفضلاً حتى كان يسمى بفقيه الفقهاء.

وكان رئيس مدرسة الرأي في الكوفة إبراهيم بن يزيد النخعي شيخ حماد بن أبي سليمان المتوفى سنة ٩٦ هـ، وهذا شيخ أبي حنيفة المشهود له بالبراعة في الفقه والدقة في الاستنباط والغوص في معاني النصوص.

١٤٨ ـ التدوين في هذا الدور:

انقضى هذا الدور ولم يدون فيه شيء من الفقه. كما أن السنة لم تدون أيضاً وإن حصلت محاولات لتدوينها، فعمر بن عبد العزيز كتب إلى عامله بالمدينة أبي بكر محمد بن عمرو بن حزم: أن انظر ما كان من حديث رسول الله ﷺ أو سنته فاكتبه، فإني خفت دروس العلم وذهاب العلماء، إلا أن عمر بن عبد العزيز مات قبل أن يتم ابن حزم ما أمره به عمر.

---

(١) الفقهاء السبعة هم: عروة بن الزبير (توفي سنة ٩٣هـ) وسعيد بن المسيب (توفي ٩٤ هـ) والقاسم بن محمد (توفي سنة ٩٤هـ) وأبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث (توفي سنة ٩٤هـ) وعبد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود (توفي سنة ٩٨هـ) وخارجة بن زيد (توفي سنة ٩٩هـ) وسليمان بن يسار (توفي سنة ١٠٧ هـ).

الفصل الرابع

الدور الرابع

١٤٩ ـ تمهيد

يبدأ هذا الدور من أوائل القرن الثاني الهجري ويمتد إلى منتصف القرن الرابع. وقد نما الفقه في هذا الدور نمواً عظيماً وازدهر ازدهاراً عجيباً ونضج نضوجاً كاملاً وآتى ثماراً طيبة للناس... وزود الدولة الإسلامية بالأحكام القانونية لتنظيم مختلف أمورها وشؤونها قروناً عديدة فسعد الناس بتلك الأحكام ما شاء الله لهم أن يسعدوا.

وفي هذا الدور ظهر نوابغ الفقهاء، فالمجتهدون العظام ظهروا في هذا الدور وأسسوا مذاهبهم الفقهية التي لا يزال أكثرهم قائماً حتى الآن. وكل مذهب ـ في الحقيقة ـ مدرسة فقهية ترينا نمط التفكير الفقهي الدقيق لأصحابها ومناهجهم في فهم الشريعة واسنباط الأحكام من نصوصها وقواعدها، ولهذا فنحن نعتز بتعدد تلك المدارس ونرى فيها الخير الكثير. وكما ظهر مجتهدون فقهاء، ظهر أيضاً علماء نوابغ في علم الحديث الشريف وفنونه ومصطلحاته وما يتعلق به.

وفي هذا الدور أيضاً دون الفقه وضبطت قواعده وجمعت أشتاته وألفت الكتب في مسائله وصار بناؤه شامخاً وعلمه متميزاً عن غيره قائماً بنفسه. وكما دون الفقه دونت السنة أيضاً تدويناً شاملاً مع بيان الصحيح منها والضعيف.

ولهذه الظواهر كلها، سمي هذا الدور بأسماء مختلفة تنبئ عن مميزات هذا الدور وتكشف عن حالة الفقه، فسمي بعصر الفقه الذهبي، أو بعصر ازدهار الفقه، أو بعصر التدوين، أو بعصر المجتهدين ونحو ذلك من التسميات. وسنتكلم فيما يلي عن بعض مظاهر هذا الدور.

١٥٠ ـ ازدهار الفقه وأسبابه:

قلنا إن الفقه نما وازدهر وكثرت مسائله على نحو لم يعهد مثله من قبل، وهذه الظاهرة ترجع إلى أسباب كثيرة، نذكر منها ما يأتي:

أولاً: عناية الخلفاء العباسيين بالفقه والفقهاء. وتظهر هذه العناية بتقريبهم الفقهاء والرجوع إلى آرائهم. فالرشيد، الخليفة المشهور، يطلب من أبي يوسف صاحب أبي حنيفة، وضع قانون إسلامي للأمور المالية تسير عليه الدولة، فيستجيب أبو يوسف لهذا الطلب ويلبي رغبة الخليفة ويضع له كتابه الشهير (الخراج). والمنصور يحاول أن يجعل (موطأ الإمام مالك) قانوناً للدولة يسير عليه القضاة والمفتون، فيأبى مالك، ويكرر الطلب هارون الرشيد فيأبى مالك ويقول له:

إن فقهاء الصحابة تفرقوا في الأمصار وكل عنده علم وفقه وكل على حق، ولا ضرر ولا ضير في اختلافهم. والمأمون يقرب الفقهاء ويسمع مناقشاتهم الفقهية في مجلسه ويشترك في بعضها مؤيداً أو معارضاً أو مستفسراً وإن كان قد اشتط كثيراً وارتكب خطأ جسيماً في إكراهه الفقهاء على القول بخلق القرآن.

وقد نتج عن عناية الخلفاء بالفقهاء وتوفيرهم الحرية اللازمة لهم للبحث العلمي أن نشط الفقهاء ومضوا في إنتاجهم الفقهي وبحثهم العلمي فاجتهد كل فقيه كما أحب وأظهر ما أدى إليه اجتهاده في مسائل الفقه.

ثانياً: اتساع البلاد الإسلامية. فقد كانت تمتد من إسبانيا إلى الصين وفي هذه البلاد الواسعة عادات وتقاليد مختلفة متباينة، تجب مراعاتها ما دامت لا تخالف نصوص الشريعة، فاختلفت الاجتهادات بناء على اختلاف العادات والتقاليد. يضاف إلى ذلك أن المسلمين كانوا جد حريصين على معرفة حكم الشرع في جميع معاملاتهم وتصرفاتهم وهي كثيرة متنوعة، فكانوا يفزعون إلى الفقهاء ويستفتونهم ويسألونهم، وكان الفقهاء يجيبونهم مستبشرين، ويستنبطون الأحكام لمسائلهم، وفي هذا وذاك نمو للفقه واتساع لدائرته.

ثالثاً: ظهور المجتهدين الكبار ذوي الملكات الفقهية الراسخة، فعملوا على تنمية الفقه وسد حاجات الدولة من التنظيمات والقوانين وأنشؤوا المدارس الفقهية التي ضمت نوابغ الفقهاء كما سنذكر ذلك فيما بعد.

رابعاً: تدوين السنة فقد دونت السنة وعرف صحيحها وضعيفها، فكان في ذلك تسهيل لعمل الفقهاء وتوفير الجهد عليهم، فقد وجدوا السنة بين أيديهم يصلون إليها دون كبير عناء. والسنة هي مادة الفقه ومصدره الثاني.

ويحسن بنا هنا أن نبين الأدوار التي مرت بها حركة تدوين السنة. فالسنة لم تدون في عصر النبي ﷺ وإنما كان بعض الصحابة يدون لنفسه بعض ما يسمعه كما ذكرنا ذلك من قبل. وفي زمن أبي بكر بقي الحال كما كان فلم تدون السنة وإنما كانت تنقل بالرواية والمشافهة. وفي زمن عمر بن الخطاب بقي الحال كذلك، وقد همّ الخليفة عمر بن الخطاب أن يكتب السنة ثم عدل عن رأيه. وفي زمن عمر بن عبد العزيز الخليفة الأموي العادل جرت محاولة في تدوينها فقد كتب إلى قاضيه في المدينة أبي بكر محمد بن عمرو بن حزم يأمره بتدوين السنة، كما قلنا من قبل، ولكنه مات قبل أن يتم هذا التدوين.

وفي عهد العباسيين، ابتدأ تدوين السنة على نحو مختلط بفتاوى الصحابة وأقوالهم، فقد كتب على هذا النحو سفيان الثوري في الكوفة، والليث بن سعد في مصر، والإمام مالك بن أنس في المدينة، ولم يصلنا مما كتبوه إلا القليل. ولعل أجمع ما وصلنا من كتاباتهم هو موطأ الإمام مالك وفيه نجد السنة النبوية والآثار عن الصحابة وفتاويهم وأقضيتهم، بل فيه أيضاً بعض أقوال التابعين.

وفي نهاية القرن الثاني أخذ تدوين السنة نهجاً آخر يتمثل بإفراد حديث رسول الله ﷺ وتمييزه عما سواه. وقد سلك العلماء هذا المنهج الجديد في تدوين السنة طريقة المسانيد أي جمع أحاديث كل صحابي على حدة وإن اختلفت موضوعات مروياته. ثم ظهرت طريقة جديدة في التدوين، في القرن الثالث الهجري، وهي تدوين الحديث مرتباً على أبواب الفقه، بعد التحري عن صحة الحديث وتحقق ما اشترطه المحدث من شروط لصحته. ومن أشهر مدونات الحديث ما يعرف عند أهل الحديث بالكتب الستة[1].

---

(١) الكتب الستة هي صحيح البخاري وصحيح مسلم وسنن أبي داود والترمذي والنسائي وابن ماجه ويلحق بها بالاعتبار مسند الإمام أحمد.

والبخاري هو أبو عبد الله محمد بن إسماعيل المتوفى سنة ٢٥٦هـ ومسلم: هو مسلم بن =

وبجانب هؤلاء المحدثين وعلمهم المبرور، وجد فريق آخر من علماء الحديث يعنى بنقد رواة الحديث والبحث عن أحوالهم وهؤلاء هم علماء الجرح والتعديل، وقد قاموا بتأسيس قواعد هذا العلم العظيم خدمة للسنة وكشفاً عن أكاذيب الوضاعين صيانة لشريعة الله من التحريف والتبديل[(١)].

١٥١ ـ ظهور المذاهب الإسلامية:

وفي هذا الدور ظهرت المذاهب الإسلامية وتميزت معالمها ووضحت اتجاهاتها وصار لكل مذهب أتباع كثيرون ينشرون آراءه وينهجون نهجه كمذهب أبي حنيفة كما سنذكره فيما بعدُ إن شاء الله.

وقد ألفت الكتب الفقهية في كل مذهب وكانت هذه الكتب الأساس لما بعدها من كتب الفقه كما أن الفقهاء من مختلف المذاهب أحسوا بالحاجة إلى ضبط أصول الاستنباط وقواعد استخراج الأحكام فأسسوا قواعد علم أصول الفقه، فوضع الشافعي رسالته الأصولية المشهورة ثم تبعه الإمام أحمد ابن حنبل بالكتابة في هذا العلم، ثم تتابع العلماء من بعدهما بالكتابة والتنظيم والزيادة في هذا العلم الجليل، علم أصول الفقه. ولا شك أن تدوين هذا العلم يساعد الفقهاء في عملهم ويبين مآخذ المذاهب الإسلامية المختلفة وأسباب اختلافها.

= الحجاج النيسابوري المتوفى عام ٢٦١هـ. وأبو داود هو سليمان بن الأشعث السجستاني المتوفى عام ٢٧٥هـ. والترمذي هو أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي المتوفى عام ٢٧٩. والنسائي هو أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي المتوفى عام ٣٣٠هـ. وابن ماجه هو أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني المشهور بابن ماجه المتوفى عام ٢٧٣هـ.
هذا وأشهر، أو من أشهر كتب الحديث التي خرجها علماء الشيعة، كتاب الكافي لأبي جعفر محمد بن يعقوب الكليني المتوفى سنة ٣٢٨هـ. وكتاب من لا يحضره الفقيه، لأبي جعفر محمد بن علي بن الحسين بن موسى القمي المتوفى سنة ٣٨١ هـ. وهو المعروف بالصدوق ابن بابويه. وهناك كتابان آخران من تأليف أوائل القرن الخامس الهجري وهما: التهذيب والاستبصار وكلاهما للشيخ أبي جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي المتوفى سنة ٤٥٠هـ. وفيهما فقه وحديث.

(١) ومن علماء هذا الفن يحيى بن سعيد القطان المتوفى ١٨٩هـ. وعبد الرحمن بن مهدي المتوفى سنة ١٩٨هـ. ويحيى بن معين المتوفى سنة ٢٣٣هـ، وأحمد ابن حنبل المتوفى سنة ٢٤١.

الفصل الخامس

الدور الخامس

١٥٢ ـ تمهيد:

يبدأ هذا الدور من نهاية الدور الرابع إلى سقوط بغداد سنة ٦٥٦هـ، وهو دور ركود الفقه، فقد رأينا في الدور الرابع كيف كان الفقه في نمو دائم وازدهار مستمر وحيوية دافقة. وكان من ورائه فقهاء عظام يمدونه بأسباب نمائه وازدهاره وحياته. ولكن الفقه، ما بقي على حالته هذه فقد اعتراه الضعف والركود والتوقف عن سيره الأول شيئاً فشيئاً، والفقهاء جنحوا إلى التقليد والتزام مذاهب معينة لا يحيدون عنها ولا يميلون. حتى وصل بهم الحال إلى الإفتاء بسد باب الاجتهاد[1] ودعوة الناس إلى التقيد بالمذاهب وعدم التحول عنها.. فلا بد من بيان ظاهرة التقليد بين الفقهاء ومعرفة أسبابها والعوامل التي دفعت البعض منهم إلى القول بسد باب الاجتهاد ثم نختم هذا المبحث بالكلام عن عمل هؤلاء الفقهاء في هذا الدور.

١٥٣ ـ جنوح الفقهاء إلى التقليد:

الأصل في الفقيه أن يكون مجتهداً مستقلاً لا يتقيد بمذهب معين وإنما يتقيد بنصوص الكتاب والسنة وما يؤديه إليه اجتهاده المقبول. فهو يستنبط الأحكام ويتعرف عليها من مصدريها العظيمين الكتاب والسنة وما يرشدان إليه من مصادر أخرى. وقد يتفق اجتهاده مع اجتهاد السابقين وقد يخالفهم وقد يوفق للصواب وقد لا يوفق، وهو في الحالتين مأجور غير مأزور، إن أصاب فله أجران وإن أخطأ فله أجر واحد كما أخبر بهذا النبي ﷺ. ولا شك أن في هذا النهج للمجتهد شحذاً

---

(١) الاجتهاد لا يمكن سده ومن أفتى به قاله اجتهاداً دفعاً لمفسدة ادعاء الاجتهاد من غير أهله. هذا وإن فقهاء الجعفرية والزيدية لم يفتوا بهذا. فظل عندهم باب الاجتهاد مفتوحاً.

للأفكار وتنمية للملكات الفقهية واتساعاً لدائرة الفقه. وهكذا كان المجتهدون في الأدوار السابقة. إلا أنه في هذا الدور ضعفت همم الفقهاء واتهموا نفوسهم بالتقصير والعجز عن اللحوق بالمجتهدين السابقين بالرغم من رسوخهم في الفقه وتهيؤ أسبابه لديهم ووجود مادته بين أيديهم من سنة ونحوها يصلون إليها بيسر وسهولة.

ويمكننا رد أسباب فشو التقليد بين الفقهاء وشيوعه فيما بينهم إلا القليل النادر إلى جملة أسباب منها:

أولاً: ضعف السلطان السياسي للخلفاء العباسيين، فالدولة لم تعد كما كانت قبل وإنما تقطعت أجزاؤها وقامت في أنحائها دويلات مما أثر في حياة الفقه والفقهاء، فما عاد الفقهاء يجدون ذلك التشجيع والاعتناء بهم والحث لهم على الإنتاج في الفقه، ففترت هممهم وآثروا الوقوف عند مخلفات الأسلاف.

ثانياً: إن المذاهب الإسلامية دونت تدويناً كاملاً مع تشذيب مسائلها وتنظيمها وتبويب مسائلها الواقعية مما جعل النفوس تستروح إلى هذه الثروة الفقهية الهائلة والاستغناء بها عن البحث والاستنباط.

ثالثاً: ضعف الثقة بالنفس والتهيب من الاجتهاد: فقد اتهم الفقهاء نفوسهم بالضعف والعجز والتقصير وظنوا أنهم غير قادرين على تلقي الأحكام من منابعها الأصلية، وإن الخير لهم واللائق بهم التقيد بمذهب معروف والدوران في فلكه والتفقه بأصوله وعدم الخروج عليه، فقد فات ـ في نظرهم ـ زمان الاجتهاد المطلق، وهكذا حجروا على أنفسهم ما وسعه الله عليهم مع كفايتهم وقدرتهم على الاجتهاد المستقل، بل إن بعضهم كان يقارب أو يماثل المجتهدين الأولين. ولكن ضعف الثقة بالنفس واتهام المعلومات والإحساس بالعجز، والتهيب من مخالفة ما ألفه الناس، كل ذلك ونحوه جعل الفقهاء يؤثرون العافية ويفضلون الراحة والتقليد. ولا شك أن مسلكهم هذا يخالف ما درج عليه السلف، فهذا عمر بن الخطاب يكتب إلى أبي موسى الأشعري أن لا يجمد على رأي يتبين له خطؤه فيقول له: «ولا يمنعك قضاء قضيت به اليوم فراجعت فيه رأيك فهديت فيه لرشدك أن تراجع

فيه الحق، فإن الحق قديم لا يبطله شيء ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل»[١]. فهذا حث عظيم على الاجتهاد الواسع الطليق الذي يبتغي الصواب. والإمام مالك يقول: كل واحد يؤخذ من قوله ويترك إلا رسول الله ﷺ. وأبو حنيفة كان يقول عن التابعين: هم رجال ونحن رجال نجتهد كما اجتهدوا.

ولكن ضعف الثقة بالنفس، كما قلنا، دفعت أولئك الفقهاء إلى التقيد بمذهب معين وعدم الخروج عن آرائه.

١٥٤ ـ سد باب الاجتهاد:

ولما كثرت ادعاءات الاجتهاد ممن ليسوا أهله وخشي الفقهاء من عبث هؤلاء الأدعياء وإفسادهم دين الناس بالفتاوى الباطلة التي لا تقوم على علم أو فقه، أفتوا بسد باب الاجتهاد دفعاً لهذا الفساد وحفظاً لدين الناس[٢]. والحق أن الاجتهاد باق في حكم الشريعة ولا يزول، إلا أن الاجتهاد لا بد له من توافر شروطه، فمن تتوافر فيه هذه الشروط فله أن يجتهد، ومن لم يحط بها فحرام عليه الإفتاء في شرع الله بغير علم. ولهذا ما كنا نود أن يسلك أولئك الفقهاء مسلك منع الاجتهاد والإفتاء بسد بابه. نقول ما كنا نود ذلك وإنما كان الأفضل إشاعة العلم في الأمة وإعلامها بمقومات الاجتهاد وشروطه، وإرشادهم إلى أهله وفضح دعوى الجهال. فهذا ونحوه كان أفضل من الإفتاء بسد باب الاجتهاد لمنع عبث العابثين.

١٥٥ ـ عمل الفقهاء في هذا العصر:

إلا أن الفقهاء في هذا العصر، وبالرغم من إيثارهم التقليد، فقد قاموا بأعمال نافعة، من ذلك:

أ ـ تعليل الأحكام المنقولة عن أئمتهم، فليست كل الأحكام المنقولة عن أئمة المذاهب نقل تعليلها معها. ولهذا فقد عكف الفقهاء على الفروع المروية عن أئمتهم واستخرجوا عللها وفرعوا الفروع واستنبطوا الأحكام على أسسها.

---

(١) إعلام الموقعين ج١ ص ٧٢.

(٢) مقدمة ابن خلدون ج١ ص ٧٢.

ب ـ استخلاص قواعد الاستنباط من فروع المذهب للتعرف على طرق الاجتهاد التي سلكها إمام المذهب، وبهذا تمت قواعد علم أصول الفقه بعد أن بدأه الإمام الشافعي برسالته المشهورة.

ج ـ الترجيح بين الأقوال المنقولة عن الإمام، فقد يكون الناقل لقوله ناقلاً قولاً رجع عنه ولم يعلم برجوعه، وقد يكون بين القولين المختلفين فرق دقيق هو سبب اختلاف القولين، وقد يكون مأخذ أحد القولين قياساً والآخر استحساناً. فقام الفقهاء بترجيح هذه الأقوال على ضوء ما عرفوه من أصول المذهب وقواعده. كما إنه توجد في المذهب أقوال مختلفة لفقهاء المذهب فيما بينهم أو مختلفة مع قول إمام المذهب، وهذا يقتضي بيان الراجح منها ووجه الرجحان.

د ـ تنظيم فقه المذهب، وذلك بتنظيم أحكامه وإيضاح مجملها وتقييد مطلقها وشرح بعضها والتعليق عليها، ودعمها بالأدلة وذكر المسائل الخلافية مع المذاهب الأخرى، وتحرير أوجه الخلاف، وذكر الأدلة لدعم قول المذهب وبيان رجحانه. ولا شك أن في هذه الأعمال خدمة كبيرة للفقه وتوسيعاً له وتوضيحاً لمبهمه.

الفصل السادس

الدور السادس

١٥٦ ـ تمهيد:

عرفنا مما مضى أن الفقه تدرج في مدارج النمو والارتقاء والازدهار حتى بلغ الذروة في الدور الرابع من أدواره ثم جنح إلى التوقف والركود في الدور الخامس حيث شاع التقليد بين الفقهاء وقصرت الهمم عن اللحوق بنهج الفقهاء في عصر ازدهار الفقه. ومع هذا فإن فقهاء الدور الخامس قاموا بعمل مشكور فقد خرجوا الأحكام على أصول وقواعد أئمة المذاهب ورجحوا بين الروايات المنقولة عنهم على النحو الذي فصلنا في الفصل السابق.

وفي هذا الدور السادس الذي يبدأ من سقوط بغداد في القرن السابع الهجري ويمتد إلى وقتنا الحاضر، لم ينهض الفقه من كبوته ولم يغير الفقهاء نهجهم، فالتقليد قد فشا وشاع بينهم حتى صار أمراً مألوفاً لا يدعو إلى العجب والإنكار.. ومع هذا فقد وجد أفراد هنا وهناك لم يرضوا بالتقليد، ونادوا بالاجتهاد المطلق وتلمس الأحكام من الكتاب والسنة دون تقيد بمذهب معين، ومن هؤلاء ابن تيمية وتلميذه ابن القيم والشوكاني صاحب نيل الأوطار وغيرهم. إلا أن هؤلاء كانوا قلة ولم يسلم بعضهم من النقد والإنكار من جمهور الفقهاء المقلدين، ولهذا فإن الطابع العام للفقه والفقهاء في هذا الدور هو التقليد، فقد التزم كل فريق من الفقهاء مذهباً معيناً وعكف على مسائله وأحكامه وأصوله وصارت الشريعة تعرف من خلاف مذهب معين، والشريعة ـ كما قلنا ونؤكد القول ـ لا يمكن حصرها بمذهب معين فهي أوسع من هذا الحصر وهي حجة على كل مذهب وليس أي مذهب بحجة عليها، إذ ليس المذهب إلا وجهاً من وجوه تفسير نصوص الشريعة وفهم أحكامها وكيفية استنباط الأحكام من مصادرها.

١٥٧ ـ المتون والشروح والحواشي:

اتجه فقهاء هذا الدور إلى التأليف، وكان الغالب عليه الاختصار حتى وصل إلى درجة الإخلال بالمعنى وخفاء المقصود، وصارت العبارات أشبه شيء بالألغاز. هذه المختصرات، والتي سميت بالمتون، احتاجت إلى شروح توضح معانيها وتزيل الإبهام والغموض عن عباراتها، فقام مؤلفوها أو غيرهم بشرحها فظهرت الشروح بجانب المتون. ثم ظهرت بجانب الشروح الحواشي وهي تعليقات وملاحظات على الشروح. والواقع أن الشروح والحواشي اهتمت بالمناقشات اللفظية والاعتراضات على الجمل والتراكيب حتى أصبح القارئ يتيه في هذه المناقشات والعبارات المغلقة والاختلافات حول الألفاظ والعبارات. وقد شاعت هذه الأنماط من التأليف وصار طلاب الفقه والعلماء يعكفون عليها. وهكذا هجرت كتب الفقه القديمة ذات العبارات السهلة الواضحة التي ألفت في الدور الرابع وأوائل الخامس. ومع هذا فنحن نجد في هذا الدور تآليف تنهج منهجاً خاصاً يخالف ما عليه الجمهور من الفقهاء ويوافق نهج فقهاء الدور الخامس ومن هذا ما كتبه الشاطبي وابن القيم وغيرهما.

١٥٨ ـ كتب الفتاوى:

إلا أن التأليف لم يقتصر على ما ذكرنا، فقد وجدت كتب «الفتاوى» وهي أجوبة لما كان يسأل الناس عنه الفقهاء في مسائل الحياة العملية، ثم تجمع هذه الأجوبة من قبل أصحابها أو من قبل آخرين وتنظم وترتب حسب أبواب الفقه وتكتب عادة على شكل سؤال وجواب وفي بعض الأحيان لا يكتب السؤال. كما أن هذه الأجوبة «أي الفتاوى» غالباً ما يذكر معها أدلتها من نصوص المذهب الذي يتبعه الفقيه المفتي، أو تذكر الأدلة من الكتاب والسنة غيرهما دون تقيد بأدلة المذهب الواحد، كما نجد هذا النهج واضحاً في فتاوى ابن تيمية. وهذه الكتب لها أهمية من جهة إنها تمثل الفقه العملي التطبيقي وتجعل الفقهاء مضطرين إلى إيجاد الحلول والأحكام للمسائل العملية ولو عن طريق القياس على مسائل المذهب المعين. ومن هذه الكتب: الفتاوى البزازية والهندية وفتاوى ابن تيمية وغيرها[1].

---

(١) البزازية لابن بزاز الكردي المتوفي سنة ٨٢٧ هـ والهندية لجماعة من علماء الهند قامت بهذا =

١٥٩ ـ التقنين:

ظل الفقه غير مقنن طيلة العصور الماضية وحتى أواخر القرن الماضي، فكان الحكام والقضاة يرجعون إلى كتب الفقه المختلفة لمعرفة الأحكام الفقهية الواجب تطبيقها على ما يعرض عليهم من منازعات. فالدولة وإن شجعت مذهباً معيناً أو التزمت به وجعلته هو المذهب المتبوع في محاكمها كما فعلت الدولة العثمانية بالنسبة للمذهب الحنفي إلا أنها لم تقنن الأحكام الفقهية ولم تجعلها على شكل قانون ذي مواد مختارة من فقه المذهب المتبع بحيث يلزم القاضي بالحكم بموجبه ومنعه من الحكم بغيره.

وفي أواخر القرن الثالث عشر الهجري تنبهت الدولة العثمانية ورأت الحاجة ماسة إلى تقنين أحكام المعاملات فألفت لجنة من كبار الفقهاء برئاسة وزير العدل لتخير أحكام المعاملات من الفقه الحنفي. وبدأت هذه اللجنة عملها في سنة ١٢٨٥هـ ـ ١٨٦٩م وانتهت منه في سنة ١٢٩٣هـ ـ ١٨٧٦م. وتخيرت الراجح من آراء المذهب الحنفي، كما أخذت بعض الأقوال المرجوحة في المذهب لموافقتها للعصر ولسهولتها وتيسيرها على الناس. ثم وضعت تلك اللجنة الأحكام التي اختارها على شكل مواد بلغت (١٨٥١) مادة. ثم صدر أمر الدولة بالعمل بها في ٢٦ شعبان سنة ١٢٩٣ هـ وسميت بـ«مجلة الأحكام العدلية» وصارت هي القانون المدني للدولة العثمانية وطبقت في العراق وظلت هي المطبقة فيه إلى أن شرع القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

وبعد هذا التقنين المهم صدرت عدة تقنينات في مصر والعراق وتونس ومراكش وغيرها. ففي مصر صدر قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ يتضمن بعض الأحكام في مسائل النفقة والعدة والمفقود والتفريق بالعيب. وقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ خاص ببعض أحكام الطلاق ودعاوى النسب والمهر والنفقة وغيرها. وقانون المواريث

= العمل، أي جمع الأقوال الصحيحة والفتاوى في المذهب الحنفي بطلب من الملك محمد أورنك زيب الهندي الملقب باسم عالمكير الذي حكم من سنة ١٠٦٩ هـ ـ ١١١٩ هـ، وابن تيمية توفي سنة ٧٢٨هـ

رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ وقانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ وقانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ وقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ في الوقف أيضاً.

وفي العراق صدر قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديله وفي تونس صدرت تقنينات في الأحوال الشخصية سميت باسم مجلة الأحوال الشخصية بالأمر العالي المؤرخ في ٦ محرم ١٣٧٧ الموافق ١٣ ـ ٧ ـ ١٩٥٦ وتضمنت أحكاماً في النكاح والمهر والطلاق والنفقة والحضانة والنسب والمفقود والميراث والحجر وغيرها.

وفي مراكش صدر من مدونة الأحوال الشخصية المزمع إصدارها، كتابان الأول في مسائل النكاح والثاني في الطلاق. وقد صدر فيما بعد أمر السلطان في ٢٧ ربيع الثاني سنة ١٣٧٧ هـ والقاضي بتطبيقها في أول سنة ١٩٥٨ وقد نشر النص الرسمي في ١٧ جمادى الأولى سنة ١٣٧٧ هـ ـ ٦ كانون الأول ١٩٥٧م.

وفي الأردن صدر قانون حقوق العائلة رقم (٩٢) لسنة ١٩٥١ في مسائل النكاح والمهر والنفقة والطلاق والعدة وغيرها.

وفي سوريا صدر قانون الأحوال الشخصية بالمرسوم التشريعي رقم (٥٩) لسنة ١٩٥٣ وتضمن أحكاماً في النكاح والطلاق والنسب والنفقة والأهلية والوصية والميراث وغيرها.

١٦٠ ـ ويلاحظ على هذه التقنينات المختلفة أنها لم تتقيد بمذهب معين وإنما أخذت أحكامها من مختلف المذاهب الإسلامية عدا مجلة الأحكام العدلية إذ تقيدت بالفقه الحنفي. وهذا الاتجاه حسن على شرط أن لا يؤخذ بقول شاذ لا دليل عليه. ومع هذا الاتجاه العام في وضع التقنينات فقد جاءت في بعضها أحكام لم ترد في أي مذهب من المذاهب الإسلامية من ذلك منع تعدد الزوجات كما جاء في القانون التونسي، ومسائل الميراث التي وردت في القانون العراقي قبل تعديله الأخير ومسائل أخر مبثوثة هنا وهناك في ثنايا هذه القوانين المختلفة ليس هنا محل ذكرها وبيان ما فيها من مصادمة لنصوص الشريعة أو لما هو مستقر في الفقه الإسلامي بجملته.

١٦١ ـ النهضة الفقهية الحديثة:

وفي الوقت الحاضر، كما قلنا في المقدمة، تباشير نهضة فقهية من مظاهرها هذا الاهتمام الملحوظ بالفقه الإسلامي في أوساط التعليم الجامعي، ودراسة الفقه الإسلامي دراسة مقارنة وإظهار مزاياه وخصائصه وكثرة التأليف في مباحثه وظهور المبرزين فيه الجامعين بين الثقافة القانونية والثقافة الشرعية. ونحن نأمل أن يزداد الاهتمام بالشريعة الإسلامية وفقهها حتى تعود إلى مكانتها الأولى، وتسترد سيادتها القانونية، وتمد هي والفقه الإسلامي الدولة بالتشريعات اللازمة في جميع شؤونها كما كان الأمر في السابق.

الفصل السابع

التعريف ببعض المجتهدين ومذاهبهم الفقهية

١٦٢ ـ تمهيد:

كنا قد نوهنا بظهور مجتهدين عظام في الدور الرابع من أدوار الفقه، وإن أولئك المجتهدين كان لهم أثر بالغ في ازدهاره ونمائه وتقدمه، وإنهم أسسوا مدارس فقهية انضوى تحت لوائها فقهاء كبار وصار لها أتباع كثيرون.. وقد سميت تلك المدارس الفقهية بالمذاهب الإسلامية أو الفقهية واقترنت بأسماء مؤسسيها... وهي على كثرتها ليست تجزئة للإسلام ولا إحداث شرع جديد.. وإنما هي مناهج في فهم الشريعة وأساليب في تفسير نصوصها وطرق في استنباط الأحكام من مصادرها.. وهذه المذاهب المتعددة منها ما بقي قائماً متبوعاً حتى اليوم ومنها ما اندرس وعفى عليه الزمن ولم يبق له أتباع ولا تعرف له أقواله إلا ما يذكر منها في كتب الخلاف والمذاهب القائمة.

وسنذكر في هذا الفصل، في مباحث متتالية، كلمة موجزة عن بعض هذه المذاهب، القائمة منها والمندرسة، للتعريف بها وبأصحابها.

المبحث الأول

ابو حنيفة

١٦٣ ـ هو النعمان بن ثابت الكوفي مولداً والفارسي أصلاً ولد سنة ٨٠هـ وتوفي سنة ١٥٠ هـ في بغداد ودفن فيها.

كان في أول عهده يحترف تجارة الخز وقد عرف فيها بصدق المعاملة والنفرة من الغش والمماكسة، ثم تحول إلى طلب العلم فنال حظاً من علم الكلام والحديث والفقه.. إلا أن ميله كان إلى الفقه فانصرف إليه. وأكثر من الاختلاف إلى

حلقات الفقه وملازمة أهله.. وكان أبرز شيوخه وأكثرهم أثراً في نهجه الفقهي شيخه حماد بن أبي سليمان فقيه أهل الرأي في العراق الذي تلقى فقهه عن فقيه رأي كبير أيضاً وهو علقمة بن قيس النخعي، وعلقمة أخذ الفقه عن عبد الله بن مسعود الصحابي الجليل المعروف بالفقه والرأي. فلا عجب، إذن، إذا نحا أبو حنيفة منحى أهل الرأي ومال إليه، وهؤلاء هم شيوخه الذين أخذ منهم مباشرة أو بالواسطة. وفضلاً عن ذلك فقد كان أبو حنيفة بفطرته ميالاً إلى التغلغل في بواطن الأمور وعدم الاقتناع بالمعاني الظاهرة. ومثل هذه الفطرة مستعدة للميل إلى الرأي والتوغل فيه.

إلا أن أبا حنيفة لم يقتصر في تلقيه عن حماد فقد روى عن غيره، فمن هؤلاء الذين روى عنهم ودارسهم زيد بن علي زين العابدين وجعفر الصادق وعبد الله بن حسن وهو أبو محمد النفس الزكية. كما أنه كان يلتقي بالعلماء والفقهاء في مكة ويأخذ عنهم ويذاكرهم في أمور الفقه في أثناء مكوثه في مواسم الحج وعند إقامته فيها نحواً من ست سنوات يوم هاجر إليها في سنة ١٣٠هـ.

١٦٤ ـ أبو حنيفة زعيم أهل الرأي:

قلنا إن مدرسة الكوفة اشتهرت بالرأي وقد بلغت ذروة شهرتها بالرأي والقياس في زمن أبي حنيفة حتى عد حامل لواء الرأي والقياس في زمانه بلا منازع. وقد أدى به الإكثار من القياس إلى الإكثار من الفقه التقديري، فما كان يقف عند المسائل الواقعة يستنبط لها الأحكام وإنما كان يستخرج العلل من النصوص ويفترض المسائل ويطبق عليها أقيسته ويعطيها أحكاماً واحدة ما دامت مشتركة في العلة. وكما أكثر من القياس حتى قرن باسمه أكثر أيضاً من الفقه التقديري حتى قرن باسمه فهو إمام القياسيين وزعيم أهل الفقه التقديري في زمانه.

١٦٥ ـ أبو حنيفة والحديث:

ولإكثار أبي حنيفة من الرأي والقياس اتهمه البعض بعدم الاهتمام بالحديث أو بقلة بضاعته منه أو بتقديم الرأي والقياس عليه.. وهذه الاتهامات لا تصمد أمام المناقشة ويعوزها الدليل، فإن اهتمامه بالحديث أمر ثابت وظاهر من نص أقواله

التي ذكرها كما سيأتي. كما يشهد على ذلك أخذه بالحديث المرسل وفتاوى الصحابة وتركه القياس إذا ثبت عنده حديث صحيح في المسألة وهذا كله يدل على اهتمامه بالحديث والآثار لا على قلة مبالاته بالحديث كما يدعون. وأما قلة بضاعته من الحديث فليس الأمر كما قالوا فقد رويت عنه أحاديث كثيرة منها ما رواه أبو يوسف في كتابه الآثار وكذا محمد بن الحسن في كتابه الآثار أيضاً، وقد جمع العلماء من بعده مروياته فبلغت شيئاً كثيراً[١] نعم إن أبا حنيفة كان أقل رواية من غيره من الأئمة المكثرين لرواية الحديث لأنه كان يشترط شروطاً ثقيلة للتثبت من صحة الحديث نظراً لفشو الكذب في العراق وكثرة الواضعين. أما تركه الحديث وتقديم القياس عليه فهذا مرده إلى أن الحديث لم يبلغه فذهب إلى الرأي، أو أن الحديث بلغه ولم يثبت عنده فتركه وأخذ بالقياس. ولا شك أن مخالفة الحديث لعدم صحته في نظر المجتهد لا يعد مخالفة للحديث أو تقديماً للقياس عليه.

١٦٦ ـ طريقته في التدريس:

كان أبو حنيفة يعرض على تلاميذه المسائل الفقهية وما يعرض عليه من قضايا، فيدلي كل واحد برأيه حولها، ويجري النقاش فيما بينهم حول ما أبدوه من الآراء، فإذا ما انتهوا إلى رأي واحد أملاه عليهم أو دونه أحد التلاميذ، وربما بقي الخلاف بين التلاميذ وأستاذهم ويدون الرأي مع ذكر ما فيه من خلاف. فمذهب أبي حنيفة بدأ منذ نشأته على شكل مذهب جماعي يقوم على الشورى وتبادل الآراء ومناقشتها، وهذا بخلاف طريقة الإمام مالك إذ كان يملي المسائل وأحكامها على تلامذته ولا ينهج معهم نهج أبي حنيفة فلا يناقشونه ولا يجادلونه فيما يقول. وهكذا تكونت شخصيات تلامذة أبي حنيفة في حياته وفي ظل توجيهاته ورباهم على النظر والبحث ونمى فيهم الاجتهاد وهم في دور التلقي والتحصيل.

---

(١) من ذلك ما فعله أبو المؤيد محمد بن محمود الخوارزمي المتوفى سنة ٦٦٥ هـ فقد جمع الأحاديث التي رواها أبو حنيفة ونقلها عنه العلماء من تلامذته وغيرهم، وقد طبع هذا الكتاب في مصر سنة ١٣٢٦هـ فوقع في ٨٠٠ صفحة كبيرة.

١٦٧ ـ أصول استنباط أبي حنيفة:

أبو حنيفة لم يدون أصول استنباطه تفصيلاً ولا قواعده في البحث والاجتهاد، وإنما قام فقهاء المذهب الحنفي الذين جاؤوا من بعده وبعد تلامذته باستخلاص قواعده في الاستنباط من فروعه المنقولة عنه. وهذا لا يدل على أن أبا حنيفة ما كان لديه مناهج للبحث والاجتهاد، فإن عدم تدوين الشيء لا يدل على عدم وجوده، كما أن الفقه، يستلزم حتماً وجود مناهج وقواعد للاستنباط فلا فقه بلا مناهج وقواعد. وأبو حنيفة فقيه قطعاً، بل فقيه بمعنى الكلمة «والناس في الفقه عيال على أبي حنيفة» كما قال الشافعي[1]، فلا بد، إذن، من قواعد يلتزم بها في اجتهاده وفقهه، وأصول يسير بمقتضاها ولا يحيد عنها، وهذا ما استخرجه فقهاء المذهب الحنفي من أقواله وآرائه المنقولة عنه. ومع هذا فقد نقلت عن أبي حنيفة أقوال تدل على الخطوط العريضة في منهجه في الاستنباط، والأدلة التي يستدل بها. فمن ذلك أنه قال: آخذ بكتاب الله إذا وجدت فيه الحكم، وإلا فبسنة رسول الله ﷺ، فإن لم أجد في كتاب الله ولا سنة رسول الله ﷺ أخذت بقول أصحابه آخذ بقول من شئت منهم وأدع من شئت ولا أخرجه من قولهم إلى قول غيرهم، فأما إذا انتهى الأمر إلى إبراهيم والشعبي وابن سيرين وعطاء وسعيد بن المسيب (وهؤلاء مجتهدون من التابعين) فإني أجتهد كما اجتهدوا[2].

فهذا النقل عن أبي حنيفة يدل على أنه يرجع إلى كتاب الله إن لم يجد الحكم فيه رجع إلى السنة فإن لم يجد فيها رجع إلى أقوال الصحابة فإن لم يجد الحكم فيها اجتهد. فالكتاب ثم السنة ثم أقوال الصحابة ثم الاجتهاد هذه هي مصادر الأحكام عند أبي حنيفة. والاجتهاد يدخل فيه القياس والاستحسان وقد برع فيهما وأجاد. كما أنه كان يأخذ بالإجماع وبالعرف كما نقل عنه أيضاً.

١٦٨ ـ تلامذته وتدوين فقهه:

أبو حنيفة لم يدون فقهه وإنما نقلت لنا أقواله من قبل تلامذته كأبي يوسف

---

(١) تذكرة الحفاظ للإمام الذهبي ج١ ص١٥٩.

(٢) تاريخ بغداد ج١٣ والانتقاء لابن عبد البر ص ١٤٣.

ومحمد بن الحسن وهؤلاء هم الذين نشروا مذهب أبي حنيفة ودونوها مختلطة بأقوالهم وآرائهم، فما كانوا بالمقلدين وإنما كانوا مجتهدين منتسبين إلى مدرسة أبي حنيفة وملتزمين طريقته في الاستنباط والاجتهاد، وكانوا يناقشون إمامهم في حياته وربما خالفوه وقد حفظت لهم أقوال تخالف أقوال أستاذهم أبي حنيفة ولكن أقوالهم وأقواله نسبت جميعاً إلى مذهب أبي حنيفة باعتباره المؤسس الأول له.

وأشهر تلامذته أبو يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني وزفر بن الهذيل والحسن ابن زياد اللؤلؤي. وأشهر هؤلاء الأربعة وأبعدهم أثراً في نقل فقه أبي حنيفة ونشره أبو يوسف ومحمد.

أما أبو يوسف فهو يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري ولد سنة ١١٣ هـ وتوفي سنة ١٨٣هـ وكان أكبر تلامذة أبي حنيفة. ومع تخرجه بمدرسة أبي حنيفة فقد أخذ عن علماء الحديث ورحل إلى مالك وتلقى عنه حديث أهل المدينة فقرب بين مذهب أهل العراق ومذهب أهل الحجاز وعمل على دعم آراء المذهب الحنفي بالحديث. وقد تولى القضاء في زمن المهدي والهادي والرشيد، من خلفاء الدولة العباسية، وصار قاضي القضاة وكان لتوليه القضاء أثر كبير في نشر المذهب الحنفي وصقله عملياً، لأن القضاء جعل الفقه الحنفي يواجه الحياة العملية ومشكلات الناس والحياة وهذا كله يحمله على إيجاد الحلول لها ويجعل القياس أو الاستحسان في المذهب الحنفي مستنداً إلى الحياة العملية لا إلى الفروض النظرية فقط.

وللإمام أبي يوسف تآليف كثيرة، وهو أول من دون كتباً في المذهب الحنفي، ومن كتبه التي وصلتنا كتابه (الخراج) وهو مؤلف نفيس في الأمور المالية للدولة وهو مطبوع متداول. وكتاب اختلاف أبي حنيفة مع محمد بن عبد الرحمن المعروف بابن أبي ليلى، وقد روى هذا الكتاب الإمام الشافعي في كتابه (الأم) وجعل عنوانه «هذا كتاب ما اختلف فيه أبو حنيفة وابن أبي ليلى عن أبي يوسف رحمهم الله تعالى»[1]. وهناك كتب أخرى له مثل كتابي اختلاف الأمصار، والرد على مالك بن

(١) الأم للشافعي ج٧ ص ٨٧ وما بعدها.

أنس، وكتاب الوصايا وغيرها[١]. أما الإمام محمد، فهو محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني، ولد بواسط في العراق سنة ١٣٢هـ ونشأ بالكوفة وتوفي سنة ١٨٩هـ. طلب الحديث وصحب أبا حنيفة وسمع منه وأخذ طريقته في الفقه ولكن لم تطل صحبته لأبي حنيفة فتتلمذ لأبي يوسف ثم رحل إلى الإمام مالك في المدينة ولازمه فيها ثلاث سنين وسمع منه الموطأ وله رواية له. ولقي الشافعي ببغداد وقرأ ـ أي الشافعي كتبه في فقه الحنفية وناظره في كثير من المسائل وأخذ عنه. وقد أثر لقاؤه بمالك والشافعي في فقهه ولكنه ظل منتسباً لمذهب أبي حنيفة ملتزماً طريقته وله الفضل الأكبر في تدوين الفقه الحنفي، وعلى كتبه اعتمد فقهاء الحنفية. فهو يعد بحق ناقل فقه أبي حنيفة وفقه العراقيين إلى الأخلاف.

وكتب الإمام محمد وصلت إلينا كاملة، بخلاف كتب أبي يوسف، وقد عكف عليها علماء الحنفية شرحاً وتعليقاً واختصاراً فهي عمدة المذهب ومرجع فقهائه وهي من حيث الثقة بنقلها عنه نوعان:

الأول: ما نقله عنه الثقاة وهذه تسمى كتب ظاهر الرواية أو مسائل الأصول وهي: المبسوط، والزيادات، والجامع الكبير، والجامع الصغير، والسير الكبير، والسير الصغير، وإنما سميت بكتب ظاهر الرواية لأنها رويت عنه برواية الثقاة. ويلحق بها كتاب الآثار، وقد جمع في هذا الكتاب الآثار من أحاديث وفتاوى للصحابة التي يحتج بها الحنفية. كما يلحق بهذه الكتب ـ من حيث الثقة بها ـ كتاب الرد على أهل المدينة وقد رواه عنه الإمام الشافعي في كتابه الأم.

الثاني: كتب لم تبلغ نسبتها إلى محمد نسبة الأولى فليس لها ما للأولى من الثقة والاشتهار والقبول وتسمى بكتب النوادر أو مسائل النوادر أو كتب غير ظاهر الرواية وهي: الكيسانيات والهارونيات، والجرجانيات، والرقيات، وزيادة الزيادات.

وقد جمع كتب ظاهر الرواية في كتاب واحد بعد حذف المكرر منها الإمام

---

(١) الفهرست لابن النديم ص ٤٨٦.

أبو الفضل محمد بن محمد بن أحمد المروزي المشهور بالحاكم الشهيد المتوفى سنة ٣٤٤هـ، وسمى كتابه هذا (الكافي)، ثم شرح هذا الكتاب في القرن الخامس الهجري الإمام شمس الأئمة محمد بن أحمد السرخسي في كتاب سماه (المبسوط) ويقع في ثلاثين جزء ويعد أهم كتب الحنفية الأصيلة الناقلة لأقوال أئمة المذهب الأولين، وقد ذكر فيه أصول المسائل وأدلتها وأوجه القياس فيها، وربما تعرض إلى خلاف أئمة المذاهب الأخرى كالشافعي ومالك فيذكر أقوالهم وأدلتهم ويرد عليها بأسلوب علمي رصين وعبارة واضحة جلية.

ومن الجدير بالذكر أن فقهاء الحنفية عند نقلهم آراء أبي حنيفة وأصحابه يطلقون اسم الشيخين على أبي حنيفة وأبي يوسف إذا كان في المسألة خلاف واتفق فيها رأي أبي حنيفة وأبي يوسف وخالفهما الإمام محمد. وإذا كان الاتفاق بين أبي يوسف ومحمد دون أبي حنيفة قالوا هذا رأي الصاحبين. وإذا كان لأحدهم رأي منفرد نسب إلى اسمه. فيقال رأي أبي حنيفة أو رأي أبي يوسف أو رأي محمد. أما زفر فيذكر رأيه منسوباً إلى اسمه دائماً.

وبعد تلامذة أبي حنيفة المباشرين جاء تلامذة هؤلاء ومن تلقى عنهم فكتبوا في الفقه الحنفي شارحين أو معلقين أو مختصرين لكتب الأوائل. ومنهم من استنبط أحكام المسائل التي لم تنقل عن أئمتهم، ومن كتب هذا النوع الأخير كتب الفتاوى والواقعات، وهي أحكام المسائل التي استنبطها المجتهدون في المذهب الحنفي، وأول كتاب عرف في هذا الموضوع كتاب النوازل للفقيه أبي الليث السمرقندي المتوفى سنة ٣٧٣هـ.

والمذهب الحنفي منتشر في العراق والباكستان والأقطار الإسلامية في روسيا والصين وفي مصر.

المبحث الثاني

مالك بن انس

١٦٩ ـ هو الإمام مالك بن أنس الأصبحي نسبة إلى ذي أصبح، وهي قبيلة

باليمن، قدم أجداده إلى المدينة ومكثوا فيها. ولد سنة ٩٣هـ وظل فيها لم يتحول عنها إلّا حاجاً حتى توفي فيها سنة ١٧٩هـ.

تلقى الفقه والسنة عن شيوخ كثيرين منهم عبد الرحمن بن هرمز، ومحمد بن مسلم بن شهاب الزهري فقد أخذ عنه الحديث وفقه الأثر وفتاوى الصحابة. وأبو الزناد عبد الله بن ذكوان الملقب بأبي الزناد وقد أخذ عنه الحديث. ويحيى بن سعيد وأخذ عنه فقه الرأي وعلم الرواية. وربيعة بن عبد الرحمن وقد تلقى عنه فقه الرأي إذ كان مشهوراً فيه حتى سمي بربيعة الرأي. كما أخذ من غير هؤلاء كجعفر بن محمد الباقر. ولكن أكثر الشيوخ تأثيراً فيه ابن شهاب الزهري وربيعة الرأي.

ولما كمل تحصيل مالك واستوعب فقه المدينة جلس للإفتاء والتدريس بعد أن شهد له بالأهلية سبعون رجلاً من أكابر الفقهاء وفيهم من أخذ عنهم الفقه.

وكان في أول حياته يدرس ويفتي في مسجد النبي ﷺ ولا يتحول عنه حتى إن الرشيد لما جاء للحج طلب منه أن يأتيه ليسمع منه ابناه الأمين والمأمون فأبى الإمام مالك وقال له: أعز الله أمير المؤمنين إن هذا العلم منكم خرج فإن أنتم أعززتموه عز وإن أذللتموه ذل، والعلم يؤتى ولا يأتي. فقال هارون الرشيد: صدقت وأمر ابنيه بالخروج إلى المسجد ليسمعا مع الناس. فقال مالك: بشريطة أن لا يتخطيا رقاب الناس ويجلسا حيث ينتهي بهما المجلس فحضرا بهذا الشرط[1]. وهكذا كان الإمام مالك عزيز النفس يعرف قدر العلم الذي يحمله ولا يتهافت على باب السلطان حتى لو طلبه السلطان وهكذا ينبغي أن يكون الفقيه.

ثم انتقل إلى بيته يدرس ويفتي عندما مرض بسلس البول. وكان في تدريسه سواء في المسجد أو في البيت ينهج الطريقة الإلقائية الخالية من المناقشة وتبادل الرأي والجدال مع تلاميذه خلافاً لطريقة أبي حنيفة في التدريس، ولهذا لم يحفظ اختلاف بينه وبين تلاميذه في حياته وإن نقلت لهم أقوال مخالفة لبعض ما ذهب إليه بعد وفاته. وكان تلامذته يدونون ما يروي لهم من أحاديث وآثار وما يقوله من فتاوى في

(١) مفتاح السعادة ج٢ ص٨٦.

المسائل التي تعرض عليه وما كان ينهاهم ولا يأمرهم، وإن كان في بعض الأحيان ينهاهم عن تدوين كل ما يقوله من فتاوى. وكان حريصاً على أن لا يجيب إلا عن مسائل واقعة فعلاً، فقد كان ينفر من الفقه الافتراضي حتى إن بعض تلامذته إذا أراد أن يسأله عن مسألة لم تقع دفع إليه أحد الناس يسأله عنها كأنها حادثة واقعة. ولا يدل نهج الإمام مالك هذا أنه كان قليل الأخذ بالرأي، فالحقيقة أنه كان فقيه رأي كما كان فقيه أثر وقد أغناه عن الفرض والتقدير في مسائل الفقه كثرة الوقائع التي كانت تعرض عليه من قبل الوافدين عليه من مختلف الأقطار الإسلامية في موسم الحج أو من قبل الملازمين له الآخذين عنه، وهم من أقطار شتى، أو من قبل تلامذته الذين رجعوا إلى ديارهم فكانوا يكتبون إليه بالمسائل التي تقع في ديارهم.

١٧٠ ـ أصول مذهبه:

لم يدون الإمام مالك أصول مذهبه وقواعده في الاستنباط ومناهجه في الاجتهاد وإن كان قد صرح بالبعض منها وأشار إلى البعض الآخر. ومما صرح به في كتابه الموطأ أنه يأخذ بعمل أهل المدينة ويقدمه على خبر الآحاد المعارض له، وحجته في ذلك أن عمل أهل المدينة متوارث عن آبائهم وأجدادهم فهو بمثابة السنة المتواترة، وما كان هذا شأنه يقدم على خبر الآحاد. وقد نازعه في هذا المسلك المجتهدون الآخرون كالشافعي والإمام محمد بن الحسن.

وجماع أصول مذهب مالك، بناء على ما صرح به أو أشار إليه أو استنبطه فقهاء المذهب من الفروع المنقولة عنه، والآراء المدونة في موطئه، هي ـ أي هذه الأصول ـ كما صرح بها الإمام القرافي المالكي: الكتاب، السنة، الإجماع، إجماع أهل المدينة، القياس، قول الصحابي، المصلحة المرسلة، العرف والعادات، سد الذرائع، الاستحسان، الاستصحاب[١].

ومن هذه الأصول يتبين لنا خصوبة المذهب وسعته وإمكان تخريج الأحكام على

---

(١) الإمام مالك تأليف أستاذنا محمد أبو زهرة ص ٢٥٨. وانظر أيضاً ترتيب المدارك للقاضي عياض ص ٥٧٨، الديباج المذهب لابن فرحون المالكي ص ٦٦.

أصوله الملائمة لكل عصر ومكان لاسيما على أصل المصلحة المرسلة الذي سيطر على جميع فقه مالك في كل المسائل التي لا نص فيها، حتى قرن اسم المصالح المرسلة بمذهب مالك. كما أنه يتبين لنا من كثرة هذه الأصول مقام الإمام مالك في فقه الرأي فقد اشتهر به على خلاف المعهود من فقهاء مدرسة الحجاز وأكثر من الأخذ بهذا الأصل. حتى صار قوام اجتهاده بالرأي يقوم على أساس المصلحة. وربما أخذ بالقياس أو المصلحة وترك خبر الآحاد بناء على مخالفة الخبر للمصلحة أو للقياس الثابت المبني على قواعد الشريعة دليل على ضعف الخبر وعدم صحته، من ذلك عدم أخذه بخبر المصراة لمخالفته ـ في نظره ـ للقياس القطعي المبني على قواعد الشريعة الثابتة. ومنه رده خبر إكفاء القدور التي طبخت بها لحوم الإبل والغنم من الغنائم قبل قسمتها بحجة مخالفة ذلك للمصلحة[1].

١٧١ ـ تلامذة مالك:

أقام الإمام مالك في المدينة ولم يتحول عنها حتى أنه لما طلب منه الرشيد الخروج معه إلى بغداد أبى عليه ذلك مفضلاً البقاء في جوار النبي ﷺ على بغداد وغيرها[2]. وكان لملازمته المدينة وطول عمره المبارك وانتهاء رياسة الفقه في المدينة إليه تأثير كبير في الوافدين الكثيرين عليه، فقد قصده طلاب العلم من مختلف الأقطار الإسلامية، من مصر والشام والعراق وشمال إفريقية والأندلس ولازموه وأخذوا عنه ورأوا في هذه الملازمة تحصيلاً للفقه من أهله ومجاورة النبي الكريم ﷺ. ولهذا كان تلامذته كثيرين جداً نشروا فقهه في أوطانهم لا سيما في مصر وشمال إفريقية والأندلس. ومن التلاميذ، وهم فقهاء كبار، عبد الله بن وهب لازم مالكاً عشرين سنة ونشر مذهبه في مصر والمغرب وتوفي سنة ١٩٧هـ، وكان الإمام مالك يجله ويحترمه حتى إنه كان يكتب إليه وهو في مصر ويلقبه بفقيه مصر.

---

(١) حديث المصراة «لا تصروا الإبل والغنم ومن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن شاء أمسك وإن شاء ردها وصاعاً من تمر» وحجة رده أنه خالف أصل الخراج بالضمان وأن متلف الشيء إنما يغرم مثله أو قيمته لا جنساً آخر. انظر الموافقات ج٣ ص ٢٣ ـ ٢٥.

(٢) الديباج المذهب ص ١٣٢.

وعبد الرحمن بن القاسم المصري وكان له أثر بالغ في تدوين مذهب مالك فهو كالإمام محمد بن الحسن بالنسبة لمذهب أبي حنيفة فكلاهما، ناقل مذهب شيخه، وله مع ذلك اجتهاد حر. صحب مالكاً نحواً من عشرين سنة وروى عنه الموطأ، وروايته للموطأ تعد أصح رواية وتوفي سنة ١٩٢هـ. ومنهم أشهب بن عبد العزيز القيسي. انتهت إليه رياسة الفقه في مصر وتوفي سنة ٢٢٤هـ. ومنهم أبو الحسن القرطبي المتوفى عام ١٩٣هـ، أخذ الموطأ عن مالك سماعاً ونشره في الأندلس. وأسد بن فرات، وهو من أهل تونس، مات مجاهداً على رأس جيش في صقلية. وغير هؤلاء كثيرون.

١٧٢ ـ تدوين فقه مالك ونقله:

دون فقه مالك ونقل عنه بطريقتين: (الأولى) كتب ألّفها مالك نفسه وأهمها الموطأ. (الثانية) بواسطة تلامذته فقد نشروا مذهبه ودون بعضهم آراءه وأقواله في (المدونة). ونذكر كلمة موجزة عن الموطأ ثم عن المدونة.

الموطا

وهو أجلّ ما كتبه مالك، جمع فيه ما صح عنده من أحاديث رسول الله ﷺ المتصلة والمرسلة وفتاوى الصحابة وأقضيتهم وأقوال التابعين، كما ذكر آراءه في بعض المسائل قياساً على الآثار التي رواها أو توجيهاً وتفسيراً لما رواه أو ترجيحاً لبعض ما رواه على البعض الآخر. وقد ظل يعمل فيه تأليفاً وتهذيباً وتنقيحاً مدة أربعين سنة جعله على أبواب الفقه. وقد تلقته الأمة بالقبول في زمانه وبعد زمانه ورواه عنه الجمع الغفير وشرحه أكثر من واحد. وأراد الرشيد، وقبله أبو جعفر المنصور، حمل الأمة على اتباعه فأبى مالك[1].

المدونة

أما المدونة فالأساس في تدوينها أن أسد بن الفرات سمع من مالك كتابه الموطأ ثم ذهب إلى العراق فلقي أبا يوسف ومحمد بن الحسن صاحبي أبي حنيفة

(١) الديباج المذهب ص ٢٥.

وسمع منهما فأراد أن يعرف رأي مالك في هذه المسائل التي دونها الإمام محمد إلا أن مالكاً توفي فرجع إلى مصر والتقى بعبد الله بن وهب تلميذ مالك وعرض عليه الفكرة فتهيب وأحجم، فقصد عبد الرحمن بن القاسم فأجابه إلى طلبه وأخبره في كل مسألة فقهية برأي مالك، وإن شك في حفظه عنه قال: إخال وأحسب وأظن، وإن لم يجد لمالك قولاً في مسألة قال هو برأيه فيها إما بالقياس على ما قاله مالك في نظائر تلك المسألة، وإما بمحض اجتهاده وفي ضوء أصول المذهب المالكي إن لم يجد قولاً لمالك في نظير المسألة المسؤول عنها. وجمع أسد أجوبة ابن القاسم في كتب سماها (الأسدية) ثم رحل بها إلى القيروان بعد أن ترك نسخة منها بمصر. وفي القيروان تلقاها عنه سحنون وهو عبد السلام بن سعيد التنوخي وقد سمع من ابن القاسم وابن وهب وأشهب فارتحل بها إلى ابن القاسم وعرضها عليه فنقحها ابن القاسم وأسقط منها ما كان ظناً أو ما كان يشك فيه أدنى شك في نسبته إلى مالك وما لم يجد فيه نصاً يثق به قال برأيه واجتهاده على ضوء أصول مالك أو على قياس قول مالك في مثيله. فدون سحنون ما سمعه من ابن القاسم ورجع بها إلى القيروان فأقبل الناس على ما كتبه سحنون وسمى ما كتبه «المدونة» ثم رتبها وهذّبها وزاد عليها ما اختلف فيه مالك مع كبار أصحابه وذيل أبوابها بالحديث والآثار فكانت هذه المدونة تجمع آراء مالك وأقواله كما سمعها منه تلميذه ابن القاسم كما تجمع الأقوال المخرجة على أصوله وآراء أصحابه التي خالفوا فيها شيخهم مع الآثار والأحاديث الواردة في مسائل الفقه، ثم جاء العلماء وشرحوها ولخصوها وعلقوا عليها.

المبحث الثالث

الشافعي

١٧٣ ـ هو الإمام أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، يلتقي نسبه مع الرسول ﷺ في عبد مناف. ولد في غزة سنة ١٥٠هـ وتوفي في مصر سنة ٢٠٤ هـ نشأ في مكة وتفقه على مسلم بن خالد الزنجي مفتي مكة حتى أذن له بالإفتاء والشافعي ابن خمس عشرة سنة. ثم ارتحل الشافعي إلى المدينة ولقي الإمام مالكاً وسمع منه

الموطأ ورواه عنه وتفقه عليه ولازمه حتى مات سنة ١٧٩هـ ثم ارتحل إلى اليمن فالتقى هناك بعمر ابن أبي سلمة صاحب الإمام الأوزاعي فأخذ عنه فقه شيخه، كما التقى بيحيى بن حسان صاحب الليث بن سعد فقيه مصر فأخذ عنه فقه هذا الإمام الكبير. وفي سنة ١٨٤هـ جيء بالشافعي إلى بغداد متهماً بالعمل ضد الدولة العباسية ولكن ظهرت براءته مما اتهم به، وكان مجيئه هذا سبباً للقائه مع فقيه العراق محمد بن الحسن الشيباني صاحب أبي حنيفة فلازمه الشافعي وقرأ كتبه ونقل عنه ودارسه مسائل الفقه ثم انتقل بعد ذلك إلى مكة ومعه كتب العراقيين في الفقه وظل في مكة يدرس ويفتي ويلتقي بالعلماء في موسم الحج مدة تسع سنوات ثم قدم بعدها إلى بغداد للمرة الثانية سنة ١٩٥هـ وأقام فيها سنتين ثم رجع إلى مكة ثم عاد إلى بغداد سنة ١٩٨ هـ وأقام فيها أشهراً ثم ارتحل إلى مصر في أواخر سنة ١٩٩ هـ وقيل في أوائل سنة ٢٠٠هـ واستقر به المقام في مصر وأخذ يدرس ويفتي ويصنف ويملي على تلاميذه حتى وافاه الأجل سنة ٢٠٤هـ.

١٧٤ ـ فقه الإمام الشافعي:

تيسر للإمام الشافعي الاطلاع على المذاهب المعروفة في زمانه ودراستها دراسة فاحصة ناقدة مقارنة، فقد أخذ فقه مكة في أول نشأته من مسلم بن خالد وغيره، ثم تفقه على مالك فأخذ فقهه وفقه أهل المدينة حتى عد من تلامذة مالك وأتباع مدرسة المدينة وظل معروفاً بهذا الوصف حتى مجيئه إلى بغداد للمرة الأولى فاطلع على فقه أبي حنيفة ومدرسته عن طريق محمد بن الحسن. وهكذا تجمع فيه فقه الحجاز وفقه العراق، ولما رجع إلى مكة أخذ ينظر فيما وصل إليه من فقه ويدرسه دراسة فاحصة ويتأمل فيه، وهنا ظهرت شخصية الشافعي بفقه جديد هو مزيج من فقه أهل العراق وأهل الحجاز وبدأ يتميز بمذهب خاص به. ولما رجع إلى العراق للمرة الثانية سنة ١٩٥ كان ذا مذهب مستقل له أصوله وقواعده، فأخذ ينشره في العراق ويزيد عليه مدة بقائه في العراق وقد صنف كتابه «الحجة» وفيه آراؤه التي كونها حتى ذلك الحين، وقد عرفت هذه الآراء بمذهبه القديم لأنه رجع عن بعضها فيما بعد، كما صنف رسالته في الأصول بناء على طلب عبد الرحمن بن مهدي

أحد علماء الحديث. وبعد رجوعه إلى مصر ترك قدراً غير قليل من أقواله في العراق لما رأى في مصر عادات وأحوالاً تختلف عما رآه في العراق والحجاز، كما أن نضوجه الفقهي ودوام تأمله فيما كتب وقال دعاه إلى تغيير بعض آرائه في العراق. وقد أملى كتبه الجديدة على تلاميذه وهي المعبر عنها بالمذهب الجديد.

ويعد فقه الشافعي وسطاً بين أهل الحديث وأهل الرأي، فقد نصر الأخذ بالسنة ولو كانت آحاداً ورفض الأخذ بالحديث المرسل، كما أخذ بالقياس دون غيره من أنواع الرأي.

١٧٥ ـ أصول مذهبه:

يعتبر الإمام الشافعي أول من صنف في أصول الفقه، ورسالته التي ألفها في هذا العلم تعتبر أول مصنف فيه وصل إلينا، وعلى هذا يكاد ينعقد الإجماع.

ومن رسالته الأصولية هذه ومما كتبه في «الأم» تتبين لنا أصوله في الاستنباط ومسالكه في الاجتهاد. فهو يأخذ بالكتاب والسنة ويجعل السنة مبينة له وشارحة لنصوصه ومفصلة لمجمله ومقيدة لمطلقه ومخصصة لعامه ولو كانت أخباراً آحادية، فهو يحتج بخبر الواحد ما دام راويه ثقة عدلاً ولا يشترط في الخبر الشهرة فيما تعم به البلوى كما قال الحنفية ولا أن يوافق عمل أهل المدينة كما قال مالك فهو يشترط صحة السند فقط. أما الحديث المرسل فما كان يحتج به إلا إذا كان من مراسيل كبار التابعين كسعيد بن المسيب ويشرط أن تتوافر فيه شروط خاصة، وهذا خلاف مذهب أبي حنيفة وسفيان الثوري ومالك حيث كانوا يحتجون بالحديث المرسل ويجعلونه بمنزلة الحديث المتصل(١).

وبعد الكتاب والسنة يحتج بالإجماع ثم بأقوال الصحابة يتخير منها ما هو الأقرب إلى الكتاب والسنة فإن لم يتبين القرب أخذ بأقوال الخلفاء الراشدين ورجحها على أقوال غيرهم. ثم بعد ذلك يحتج بالقياس. هذه هي أصول الشافعي، ولهذا فقد أنكر الاستدلال بالاستحسان أو غيره وعده تشريعاً بالهوى، كما أنكر الاستدلال بالمصلحة المرسلة وبعمل أهل المدينة.

---

(١) الرسالة للشافعي ص ٦٦ وما بعدها، والأم ج٧ ص ٢٤٦ ـ ٢٤٧.

١٧٦ ـ تدوين الفقه الشافعي ونقله:

لقد تم نقل فقه الشافعي بطريقتين:

الأولى: الكتب التي كتبها الشافعي نفسه وأملاها إملاء على تلاميذه، وأشهر ما كتب أو أملى كتاب (الرسالة) التي صنفها في العراق ثم أعاد تصنيفها في مصر بعد تهذيبها. وهي أبحاث في أصول الفقه، فقد تكلم فيها عن بيان القرآن وبيان السنة للقرآن، والعام والخاص والناسخ والمنسوخ والسنة والاحتجاج بخبر الواحد وغير ذلك من الأبحاث الأصولية. والكتاب الثاني هو (الأم) وهو كتاب فقه عظيم بليغ الأسلوب فيه عرض لأقواله مع الأدلة ومناقشة أقوال الفقهاء الآخرين بأسلوب علمي رصين. وقد رواه عنه تلميذه الربيع بن سليمان المرادي.

الثانية: تلامذته وهؤلاء كثيرون منهم العراقيون ومنهم المصريون. فالعراقيون هم نقلة مذهبه القديم ومنهم الحسن بن محمد المعروف بالزعفراني المتوفى سنة ٢٦٠هـ وأبو علي الحسين بن علي المعروف بالكرابيسي المتوفى سنة ٢٤٥هـ أما تلامذته في مصر فهم نقلة مذهبه الجديد ومنهم إسماعيل بن يحيى المزني المتوفى سنة ٢٦٤هـ وهو أذكى تلاميذه ولازم الشافعي منذ قدومه إلى مصر إلى أن توفي، وله كتب كثيرة ساعدت على نشر المذهب كما له آراء خالف بها شيخه. ومنهم البويطي وهو أبو يعقوب يوسف بن يحيى البويطي أخذ الفقه عن الشافعي وحل محل شيخه في التدريس والإفتاء بعد وفاته. ومنهم الربيع بن سليمان المرادي روى كتاب الأم عن الشافعي وكتب نسخة منه في حياة الشافعي. والمذهب الشافعي منتشر في مصر وأندونيسيا وعدن ويوجد أيضاً في العراق وكذا في الباكستان.

المبحث الرابع
أحمد ابن حنبل

١٧٧ ـ هو أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني، ولد ببغداد سنة ١٦٤ هـ وتوفي فيها سنة ٢٤١هـ.

رحل لطلب العلم إلى مكة والمدينة والشام واليمن وغيرها من الأقطار والبلدان.

وقد تفقه بالشافعي حين قدومه إلى بغداد، ثم أصبح مجتهداً مستقلاً ذا مذهب خاص به، وقد فاق أقرانه في السنة وحفظها وتمييز صحيحها من سقيمها فكان عالم السنة وإمامها في زمانه بحق بلا منازع. ومسنده المعروف بمسند الإمام أحمد ابن حنبل احتوى على أكثر من أربعين ألف حديث.

ومع أنه كان عالماً بالسنة متبحراً بها، فقد كان فقيهاً دقيق الفقه حتى قال الشافعي فيه يوم خرج إلى مصر: خرجت من بغداد فما خلفت فيها رجلاً أفضل ولا أعلم ولا أفقه من أحمد ابن حنبل. وقد امتحن بالقول بخلق القرآن من قبل المأمون فأبى أن يقول ما أراده فآذاه وحبسه، وتلك خطيئة كبيرة من المأمون، لأن إكراه الناس على مثل هذه البدعة لا يجوز في شرع الله، ولكن هذا هو الذي وقع وكان.

١٧٨ ـ أصول فقهه:

بنى الإمام أحمد فقهه على خمسة أصول[1]:

الأول: النص من الكتاب أو السنة. فإذا وجد النص لم يلتفت إلى ما خالفه ولا إلى من خالفه كائناً من كان. فالسنة عنده أجل من أن تعارض بآراء الرجال ولو كانت سنة آحاد ولو كان مخالفها من كبار المجتهدين والفقهاء. ولم يقدم على الحديث الصحيح عمل أهل المدينة ولا غيرهم ولا رأياً ولا قياساً ولا قول صحابي ولا عدم العلم بالمخالف الذي يسميه الناس إجماعاً. وهو في هذا النهج كالشافعي.

الثاني: فتوى الصحابي الذي لا يعرف لها مخالف، فكان يأخذ بها ولا يسمى ذلك إجماعاً.

الثالث: إذا اختلف الصحابة تخير من أقوالهم ما كان أقربها إلى الكتاب والسنة.

الرابع: الأخذ بالحديث المرسل والحديث الضعيف إذا لم يكن دليل آخر يدفعه وهو الذي رجحه على القياس. والحديث الضعيف عنده من أنواع الحديث الصحيح، وليس هو الحديث الباطل أو المنكر أو الذي في روايته من لا يوثق به. فإذا لم يجد ما يعارض الحديث الضعيف من أثر أو قول صحابي أو إجماع، أخذ بالضعيف وقدمه على القياس.

---

(١) المدخل إلى مذهب الإمام أحمد ابن حنبل تأليف ابن بدران ص ٤١ وما بعدها.

الخامس: القياس، وهو آخر الأصول عنده يستعمله للضرورة إذا لم يجد نصاً في الكتاب ولا في السنة ولا فتوى صحابي ولا حديثاً مرسلاً أو ضعيفاً.

وكان أحمد في بعض الأحيان يتوقف في الفتوى؛ لتعارض الأدلة عنده أو لعدم اطلاعه على أثر في المسألة مع أنه كان كثير المعرفة جداً بأقوال الصحابة وبأحاديث النبي ﷺ. وكان لا يميل إلى الفقه التقديري، فإذا سئل عن مسألة لم تقع لم يحب أن يجيب عليها.

١٧٩ ـ تدوين مذهبه ونقله:

لم يدون الإمام أحمد مذهبه، وكان يكره أن يكتب شيئاً من آرائه وفتاويه، وكان همه في جمع السنة وتدوينها، إلا أن أصحابه جمعوا من أقواله وفتاويه الشيء الكثير ورتبوه على أبواب الفقه. ثم جاء أحمد بن محمد بن هارون أبو بكر الخلال فصرف همته إلى جمع ما روي عن أحمد ابن حنبل وصنفه في كتابه (الجامع). ومنهم المروزي أحمد بن محمد بن الحجاج المتوفى سنة ٢٧٥ هـ ثم جاء من بعد هؤلاء كثيرون صنفوا في فقه المذهب الحنبلي وجمعوا أقوال إمامهم وشرحوها، ومن هؤلاء أبو القاسم عمر بن أبي علي الحسين الخرقي المتوفى سنة ٣٢٤هـ، ومن كتبه المشهورة المختصر المعروف باسم: مختصر الخرقي وقد شرحه ابن قدامة المقدسي بكتابه: المغني.

ثم جاء من بعد هؤلاء إمامان كبيران ينتسبان إلى المذهب الحنبلي وهما ابن تيمية وابن القيم، فقد عرفا بانتسابهما إلى المذهب الحنبلي وأصوله وقواعده، وإن كانا ينهجان النهج المستقل في الاستنباط ولا يقلدان أحمد ابن حنبل ولا غيره.

ثم بظهور محمد بن عبد الوهاب صاحب الدعوة الوهابية والمتوفى سنة ١٢٠٦هـ وبسبب نجاحه في دعوته صار المذهب الحنبلي هو المذهب الرسمي في بلاد نجد ثم لعموم الدولة السعودية حتى الوقت الحاضر، فهو منتشر فيها وفي الكويت، وله أتباع في سورية والعراق وفي إمارات الخليج العربي.

المبحث الخامس

زيد بن علي

١٨٠ ـ هو الإمام زيد بن علي زين العابدين بن الحسين بن علي بن أبي طالب. ولد في المدينة سنة ٨٠هـ واستشهد سنة ١٢٢هـ، وإليه ينسب المذهب الزيدي.

تلقى العلم في نشأته الأولى عن أبيه ثم عن أخيه محمد الباقر فكان بيته بيت علم وفقه، ثم أخذ عن الفقهاء الآخرين الذين كانوا في زمانه[١]. وقد أجمع العلماء على جلالة قدره وسعة علمه وغزارة فقهه وعظم ورعه وتقواه[٢].

١٨١ ـ تدوين الفقه الزيدي ونقله:

وفقه الزيدية قريب من فقه المذاهب الأربعة التي ذكرناها سابقاً، ولا يختلف عنها إلّا في مسائل قليلة، منها أن الزيدية لا يرون المسح على الخفين، ويحرمون أكل المذبوح من غير المسلم ويحرمون نكاح الكتابيات[٣].

وقد دون الفقه الزيدي ونقل عن طريقين:

الأول: بواسطة كتب الإمام زيد، فقد روي أنه كتب أو أملى على تلاميذه أكثر من كتاب، كما روى عنه تلاميذه ما سمعوه عنه. والذي وصلنا من فقه الإمام زيد كتابه «المجموع» في الفقه والحديث وهو كتاب جليل القدر مرتباً ترتيباً فقهياً وقد رواه عنه أبو خالد عمرو بن خالد الواسطي، وقد شرحه العلماء ومنهم العلامة شرف الدين بن الحيمي الصنعاني المتوفى سنة ١٢٢١هـ وسمي شرحه (الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير) وهذا الشرح طبع بمصر سنة ١٣٤٧هـ ويقع في أربعة أجزاء كبيرة.

الثاني: بواسطة تلاميذه أو من تلقى عن تلاميذه وهم كثيرون. فمن تلاميذه المباشرين أولاده الأربعة عيسى ومحمد وحسين ويحيى. ومنصور بن المعتمر ونصر ابن خزيمة وغيرهم[٤].

---

(١) الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير للحيمي ج١ ص ٤٩ وما بعدها.

(٢) المرجع السابق ج١ ص ٦١.

(٣) نظرة في تاريخ الفقه للدكتور علي عبد القادر ص ١٨٤.

(٤) انظر مقدمة الروض النضير في الجزء الأول من ترجمة الإمام زيد وتلاميذه.

ومن فقهاء المذهب الزيدي المشهورين الحسن بن علي المسمى بالناصر الكبير المتوفى سنة ٣٠٤هـ، والقاسم بن إبراهيم الرسي المتوفى سنة ٢٤٢هـ وحفيده الهادي بن يحيى بن الحسين بن القاسم الرسي وهو مؤسس الدولة الزيدية في اليمن، فقد ولد هذا الإمام في المدينة سنة ٢٤٥هـ ثم جاء إلى اليمن سنة ٢٨٨هـ فبايعه أهلها فصار إمام اليمن وحاكمها. وكان فقيهاً كبيراً ومجتهداً مطلقاً وإن كان منسوباً إلى المذهب الزيدي وقد حفظ عنه مخالفته للإمام زيد في بعض المسائل وقد صار له أتباع كثيرون ونشر طريقته في الاجتهاد باليمن حتى تبعه أهلها، ولا يزال الكثير منهم على طريقته حتى الآن فهم زيدية هادوية، وله من الكتب كتاب الأحكام فيه أحاديث وآثار وفقه. وهكذا اجتمعت فيه صفة الحاكم العادل والفقيه المجتهد وقل ما يجتمع هذان الوصفان في شخص. استشهد في سنة ٢٩٨هـ بسبب جراحه التي أصابته في بعض حروبه مع القرامطة الذين عاثوا في الأرض فساداً فأراد صدهم وإيقافهم عند حدهم، وقد تغلب عليهم في أكثر من موقعة حتى استشهد.

١٨٢ ـ أصول المذهب الزيدي:

لم يدون الإمام زيد أصوله ومناهجه في الفقه والاستنباط ولكن فقهاء الزيدية دونوا أصول الفقه الزيدي استنباطاً من الفروع المنقولة عن أئمتهم أو من أقوالهم الصريحة. وهذه الأصول هي الكتاب والسنة والإجماع والقياس والاستحسان والمصلحة المرسلة وحكم العقل[١]. وهذه الأصول تتفق مع الفروع المنقولة عن الإمام زيد، ولكنها ليست هي الأصول التي وضعها أو التي استنبطت من أقواله فقط؛ لأن الفقه الزيدي ليس هو فقه الإمام زيد وحده، بل فقهه وفقه طائفة كبيرة من آل البيت كالهادي والناصر وغيرهم المنتسبين إلى زيد، وكل هؤلاء مجتهدون

---

(١) الإمام زيد لأستاذنا أبي زهرة ص ٣٤٩ وما بعدها. وحكم العقل يقصد به أن الفقيه إذا لم يجد للمسألة حكماً من الأدلة الشرعية فإنه يرجع إلى العقل فما يتبين له قبح الشيء وضرره فهو المحظور وما يتبين له حسن الشيء ونفعه فهو المطلوب وهذا بناء على أن للأشياء حسناً وقبحاً ذاتيين وهي مسألة مشهورة في علم الأصول: المرجع السابق ص ٤٥٧.

اجتهاداً مطلقاً في الفروع وفي أصول الفقه أيضاً، ولذا توجد بعض أصول الفقه الزيدي منسوبة إلى بعض فقهاء المذهب[1]. وعلى كل حال فأصول هذا المذهب واسعة تؤدي إلى نماء المذهب وتوسعه لا سيما وإن باب الاجتهاد فيه مفتوح والاختيار من المذاهب الأخرى مأخوذ به من قبل فقهائه.

وأكثر انتشاره في الوقت الحاضر في بلاد اليمن حتى إنها كانت تعد دولة زيدية مذهباً وحكماً قبل الثورة الأخيرة فيها.

المبحث السادس
جعفر الصادق

١٨٣ ـ هو الإمام جعفر الصادق بن محمد الباقر، سادس أئمة الشيعة الإمامية. ولد بالمدينة سنة ٨٠هـ وتوفي فيها وعمره ثمان وستون سنة[2] وهو أحد الأئمة الأعلام علماً وفقهاً وورعاً وتقًى وزهداً، أخذ عنه الكثيرن وروى علمه غير واحد من الفقهاء، وكان له تلاميذ نقلوا علمه وفقهه وحديثه مثل أبان بن تغلب البكري وجابر بن يزيد الجعفي وداود بن فرقد الأسدي وغيرهم كثيرون[3].

وإلى الإمام جعفر الصادق ينتسب الشيعة الإمامية الاثنا عشرية ولهذا يسمون بالجعفرية ومذهبهم يسمى بالمذهب الجعفري. والحقيقة أن هذه النسبة أو التسمية لا تدل على أن فقه الإمامية مقصور على الإمام جعفر أو أنهم لا يأخذون بأقوال غيره من أئمتهم الاثني عشر، لأنهم يرون أن كل إمام من أئمتهم الاثني عشر[4]

---

(١) المرجع السابق ص ٣٣٢.

(٢) الإمام الصادق: تأليف رمضان لاوند ص ٢٧ وبعضهم يجعل ولادته سنة ٨٣هـ، الإمام الصادق تأليف أسد حيدر ج٢ ص ٣٢.

(٣) انظر تلامذته وترجمتهم في كتاب الإمام الصادق تأليف محمد الحسين المظفر ج٢ ص ١٤٤ ـ ١٩١.

(٤) الأئمة الاثنا عشر: هم علي بن أبي طالب والحسن والحسين وعلي زين العابدين ومحمد الباقر بن علي وجعفر الصادق بن محمد الباقر وموسى الكاظم بن جعفر الصادق وعلي الرضا بن موسى ومحمد الجواد بن علي، وعلي الهادي بن محمد، والحسن العسكري بن علي ثم ابنه المهدي المنتظر: المرجع السابق، وفلسفة التشريع الإسلامي للدكتور صبحي محمصاني ص ٥٤.

إمام تجب طاعته ويلزم اتباعه وأخذ قوله والعمل به، لأن علمهم واحد متوارث إلا أن الفرص لم تسنح لواحد منهم في إظهار مكنون علمه كما سنحت للإمام جعفر الصادق حيث استطاع أن ينشر ما عنده من علم وفقه وسنة فكان من أجل هذا أن نسب إليه مذهب الإمامية الاثنا عشرية، بل كان انتسابهم إليه في زمانه[١].

١٨٤ ـ أدلة الفقه الجعفري:

أدلة الفقه في المذهب الجعفري هي الكتاب والسنة والإجماع والعقل[٢]. والسنة عندهم تشمل قول النبي ﷺ وقول الإمام فلا فرق في المذهب الجعفري ـ بين ما ثبت عن النبي ﷺ وبين ما ثبت عن أئمتهم، فالكل واجب الاتباع وما عندهم هو من الرسول ﷺ لا من اجتهادهم ورأيهم[٣]، وإن ما يقولونه لا يدخل فيه الرأي والاجتهاد؛ لأن علمهم موروث أخذه اللاحق عن السابق، فلم يكن كسبياً ولا أخذاً من أفواه الرجال ومدارستهم[٤].

١٨٥ ـ نقل الفقه الجعفري وانتشاره:

وقد نقل الفقه الجعفري بواسطة تلاميذ الإمام جعفر الصادق ومن تلقى عن هؤلاء التلاميذ، فمن الذين تخرجوا بالفقه الجعفري ولهم مكانة في المذهب: أبو جعفر بن الحسن بن فروخ الصفار الأعرج القمي المتوفى سنة ٢٩٠هـ وهو المؤسس الحقيقي لمذهب الجعفرية في إيران وقد توفي سنة ٢٩٠هـ وله من الكتب

---

(١) الإمام الصادق، تأليف محمد الحسن المظفر، الطبعة الثانية ج١ ص ٢٠٥، ٢٠٨، ٢٠٩.

(٢) أصول الاستنباط، تأليف العلامة علي نقي الحيدري ص ١٥. ويلاحظ هنا أن العقل معناه ما بيناه عند كلامنا عن الإمام زيد. ويلاحظ أن بعض فقهاء الجعفرية نازعوا في حجته: انظر الأرائك، تأليف مهدي بن الشيخ محمد علي بن محمد باقر ص ١٣٠. كما أن بعضهم يقبل القياس وهم طائفة الأصوليين منهم. انظر تذكرة الحفاظ للحلي ج١ ص ١ ووسيلة الوسائل ص ٧ وحل العقول ص ٥٣ نقلاً عن فلسفة التشريع في الإسلام للمحامي الدكتور صبحي محمصاني ص ٥٥ هامش (٢).

(٣) الإمام الصادق المرجع السابق ج١ ص ٦٠.

(٤) الإمام الصادق المرجع السابق ج١ ص ١٥١.

كتابه «بشائر الدرجات في علوم آل محمد وما خصهم الله به»[1]. ومن كتب الفقه المشهور في المذهب الجعفري كتاب شرائع الإسلام لجعفر بن الحسن الحلي المعروف بالمحقق المتوفى سنة ٦٧٦هـ، وشرحه المسمى: جواهر الكلام لمحمد حسن النجفي، وتذكرة الفقهاء لمحسن بن يوسف الحلي وكتاب مفتاح الكرامة شرح قواعد العلامة تصنيف محمد بن محمد الحسيني العاملي المتوفى سنة ١٢٢٦هـ[2]. وكتب الحديث والآثار المعتبرة عندهم كتاب الكافي للكليني، وكتاب من لا يحضره الفقيه للقمي، والتهذيب والاستبصار للطوسي[3].

ويوجد المذهب الجعفري في إيران والعراق والهند وباكستان وفي لبنان وله أتباع في الشام أيضاً وغيرها من البلاد. وليس بين الفقه الجعفري والمذاهب الأخرى من الاختلافات أكثر من الاختلاف بين أي مذهب وآخر، إلا أن الفقه الجعفري انفرد عن المذاهب التي تكلمنا عنها بمسائل قليلة جداً لعل من أشهرها جواز نكاح المتعة أي: النكاح المؤقت في المذهب الجعفري[4] وعدم جوازه في المذاهب الخمسة التي مر ذكرها.

المبحث السابع
المذاهب المندرسة

١٨٦ ـ قلنا إن من المذاهب ما اندرس بموت أصحابها أو بعد موتهم بقليل أو كثير. ومن هذه المذاهب مذهب الإمام الأوزاعي وسفيان الثوري والليث بن سعد

---

(١) نظرة في تاريخ الفقه الإسلامي، المرجع السابق ص ١٨٨.

(٢) فلسفة التشريع في الإسلام، للدكتور صبحي محمصاني ص ٥٥ هامش (٣).

(٣) الكليني، هو محمد بن يعقوب الكليني المتوفى سنة ٣٢٩هـ والقمي هو الشيخ محمد بن علي بن الحسين بن موسى بن بابويه. والطوسي هو الحسن بن علي المولود سنة ٣٨٥هـ والمتوفى سنة ٤٦٠هـ في النجف. وهذه الكتب الأربعة أهم ما يعتمد عليه فقهاء الشيعة من كتب الحديث: أصول الاستنباط، تأليف العلامة نقي الحيدري ص ١٨ ـ ١٩، ومحاضرات في أصول الفقه الجعفري للشيخ محمد أبي زهرة ص ١٦٣ ـ ١٦٦.

(٤) الدكتور صبحي محمصاني، المرجع السابق، ص ٥٥.

وداود الظاهري وابن جرير الطبري. ونذكر فيما يلي كلمة تعريفية موجزة عن كل واحد منهم.

١٨٧ ـ الأوزاعي:

هو أبو عمرو عبد الرحمن بن محمد الأوزاعي. ولد بالشام سنة ٨٨هـ وتوفي في بيروت سنة ١٥٧هـ وكان عالماً بالحديث كثير الرحلات من أجله لا يميل إلى الرأي والقياس ويدعو إلى الاستمساك بالسنة والوقوف عندها، ولهذا فهو من فقهاء مدرسة الحديث، فكان إذا وجد الحديث أخذ به ولم يلتفت إلى شيء آخر[١].

انتشر هذا المذهب في الشام والأندلس، ولكن لم يطل انتشاره وبقاؤه فقد تقلص ظله وقل أتباعه، ثم اندرس ولم يبق من ذكره إلى بعض أقوال الإمام الأوزاعي تذكر في كتب الخلاف[٢].

١٨٨ ـ سفيان الثوري:

وهو أبو عبد الله سفيان بن سعيد الثوري الكوفي، صاحب المذهب المعروف باسمه. ولد بالكوفة سنة ٩٧ هـ وتوفي في البصرة سنة ١٦١هـ كان من فقهاء الحديث، واشتهر بالورع والتقوى والصراحة في الحق والبعد عن السلطان والجرأة معهم في بيان الحق. لم يبق مذهبه طويلاً لقلة أتباعه فاندثر بعد موته.

١٨٩ ـ الليث بن سعد:

فقيه مصري ولد في مصر وتوفي فيها سنة ١٧٥هـ وكان لا يقل فقهاً عن مالك والشافعي، ومراسلاته مع مالك ومناقشاته معه تدل على سعة علمه واطلاعه وغزارة فقهه، وقد ذكر ابن القيم رسالته القيمة التي أرسلها إلى مالك والتي يناقشه فيها ببعض آرائه[٣]. إلا أن مذهبه لم يتهيأ له البقاء والاستمرار؛ لعدم تدوين مذهبه أولاً ولقلة أتباعه الذين ينشرونه ثانياً، ولهذا لم يصمد أمام مذهب الشافعي ومذهب مالك في مصر فاندثر بعد موته بمدة وجيزة.

---

(١) تذكرة الحفاظ للذهبي ج١ ص ١٧٠.
(٢) تذكرة الحفاظ للذهبي ج١ ص ١٧٢.
(٣) إعلام الموقعين ج١ ص ٧٢ وما بعدها.

١٩٠ ـ داود الظاهري:

هو أبو سليمان داود بن علي الأصفهاني صاحب المذهب الظاهري. ولد سنة ٢٠٠ هـ وتوفي سنة ٢٧٠هـ كان في أول أمره من أتباع الشافعي ثم استقل بمذهب خاص يقوم على الأخذ بظواهر الكتاب والسنة وعدم الأخذ بالقياس ولا بأي وجه من وجوه الرأي. فأصول مذهبه تقوم على نصوص الكتاب والسنة ثم الإجماع ولا شيء غير ذلك. وقد انتشر هذا المذهب ثم اندثر شيئاً فشيئاً حتى انتهى أمره في القرن الثامن الهجري كما ينقل لنا ابن خلدون في مقدمته.

إلا أن هذا المذهب ظفر بفقيه جليل عالم بالسنن هو الإمام ابن حزم الأندلسي المتوفى عام ٤٥٦هـ فقد اعتنق هذا المذهب ونصره ودافع عنه ووضح أصوله وألف كتابه الشهير (المحلى). وقد ذكر في هذا الكتاب آراء المذهب ورد على المخالفين له. ويمتاز ابن حزم بقسوته بالرد على المخالفين وعنفه في النقاش، ونعته خصومه بأقبح الأوصاف وهذا ما عابه عليه العلماء، إلا أن مسلكه لا يمنع من الانتفاع بكتابه وآرائه. كما أن له كتاباً في الأصول هو (الإحكام في أصول الأحكام)، وهو بيان لأصول المذهب الظاهري ورد على المخالفين مع ذكر الأدلة وسوق الجدال والنقاش. ومما انفرد به المذهب الظاهري عن غيره من المذاهب قوله بوجوب النفقة للزوج المعسر على زوجته الغنية المقتدرة[١]. وقوله بجواز تولية المرأة القضاء على الإطلاق، وقد شاركه بهذا الرأي الإمام ابن جرير الطبري، ووافقهم عليه الحنفية بحدود توليتها القضاء في الأموال فقط[٢]. وهذه الأقوال خلاف ما عليه الفقهاء الآخرون من المذاهب الأخرى.

١٩١ ـ ابن جرير الطبري:

هو أبو جعفر محمد بن جرير الطبري المتوفى سنة ٣١٠هـ تلقى فقه الشافعي وأخذ فقه مالك وفقه أهل العراق، ولم يصر مقلداً لواحد منهم، بل استقل بمذهب

(١) المحلى لابن حزم باب النفقة المسألة رقم ١٩٣٠.

(٢) بداية المجتهد لابن رشد ج٢ ص ٣٨١، والمحلى ج٣ المسألة رقم ١٨٠٠.

مستقل فكان مجتهداً لا يتقيد إلا بالدليل وصار له أتباع ولكن مذهبه انقطع وانتهى بعد وفاته بمدة وجيزة[١].

ومن كتبه المشهورة القيمة الجليلة القدر التي لا يستغنى عنها كتابه المشهور في التفسير واسمه «جامع البيان عن تأويل آي القرآن»، وهو مشهور باسم تفسير الطبري. وكتابه الآخر في التاريخ وهو المعروف بـ«تاريخ الطبري» وكلاهما مشهور ومطبوع. وفي تفسيره نجد كثيراً من الأحكام الفقهية المستنبطة من الآيات الكريمة وأقوال الفقهاء القدامى المندرسة مذاهبهم أو الباقية، ولهذا ينبغي لكل متفقه أو مريد الاطلاع على أقوال الفقهاء أن لا يغفل عن هذا التفسير وغيره من التفاسير التي تعنى ببيان أحكام القرآن مثل أحكام القرآن للجصاص والجامع لأحكام القرآن للقرطبي وغيرها. وله أيضاً كتابه اختلاف الفقهاء وهو كتاب جيد ذكر فيه اختلاف الفقهاء في مسائل كثيرة مثل أحكام الجهاد والجزية وأحكام الذمي والمستأمن ونحو ذلك.

(١) تذكرة الحفاظ ج٢ ص ٢٥١ والفهرست لابن النديم ص ٣٢٦.

الباب الثالث
مصادر الفقه

١٩٢ ـ تمهيد، ومنهج البحث:

قلنا: إن الفقه هو الأحكام الشرعية العملية، أي: الأحكام المتعلقة بأفعال المكلفين من عبادات ومعاملات.

والمقصود بمصادر الفقه أدلته التي يستند إليها ويقوم عليها، وإن شئت قلت: المنابع التي يستقي منها. ويسمي البعض هذه المصادر بـ«مصادر الشريعة»[١] أو «مصادر التشريع الإسلامي»[٢]. ومهما كانت التسمية فإن مصادر الفقه ترجع كلها إلى وحي الله، قرآناً كان الوحي أو سنة. ولهذا فإننا نرجح تقسيم هذه المصادر

---

(١) الواقع أن هذا الإطلاق لا يقبل إلا على سبيل التجوز والمسامحة، لأن الشريعة أعم من الفقه، كما قلنا سابقاً، ولأن الشريعة ليست سوى وحي الله إلى رسوله باللفظ والمعنى وهو القرآن أو بالمعنى دون اللفظ وهو السنة، أما الفقه فهو يشمل الأحكام الواردة بها النصوص الصريحة في الكتاب والسنة، كما يشمل الأحكام المستنبطة بالاجتهاد والرأي من المصادر التي دلت عليها هذه النصوص. وبهذا لا تكون جميع أحكام الفقه تشريعاً إلهياً ولا جزءاً من الشريعة الإسلامية إلا على اعتبار أنها تستند إلى نصوص الشريعة بصورة مباشرة أو غير مباشرة، كما ذكرنا من قبل.

(٢) يراد بالتشريع الإسلامي سن الأحكام الإسلامية أي وضعها وإيجادها وتشريع الأحكام في الحقيقة يرجع إلى الله وحده. ولكن عند عدم ورود الحكم في الكتاب أو السنة فإن الشريعة الإسلامية أباحت للمجتهدين أن يجتهدوا ويسنوا الأحكام المطلوبة في ضوء قواعد الشريعة وأصولها، وفي هذه الحالة يعتبر ما يسنونه من أحكام من قبيل التشريع الإسلامي باعتبار أن هذه الأحكام تستند إلى قواعد الشريعة وأن سنها كان بإذن من الشريعة، كما ذكرنا من قبل.

إلى: مصادر أصلية وهي الكتاب والسنة ومصادر تبعية أرشدت إليها نصوص الكتاب والسنة، كالإجماع والقياس.

وستتكلم عن المصادر الأصلية في فصل أول، ثم نتكلم عن المصادر التبعية في فصل ثان.

الفصل الأول

الكتاب والسنة

المبحث الأول

الكتاب

١٩٣ ـ الكتاب، أو القرآن، هو كتاب الله المنزل على رسوله محمد ﷺ المكتوب بالمصاحف، المنقول إلينا عن النبي ﷺ نقلاً متواتراً بلا شبهة[1].

ولا خلاف بين المسلمين في أن القرآن هو المصدر الأول للتشريع وأنه حجة على الناس أجمعين. والدليل على حجيته أنه من عند الله، والدليل على أنه من عند الله إعجازه، كما سنبين بعد قليل. وإذا ثبت كونه من عند الله بدليل إعجازه، وجب اتباعه من قبل الجميع واستفادة الأحكام من نصوصه.

١٩٤ ـ خصائص الكتاب:

أولاً ـ لفظ القرآن ومعناه من عند الله وليس للرسول ﷺ فيه سوى التبليغ. ولفظه بلسان عربي، قال تعالى: ﴿إِنَّا جَعَلْنَٰهُ قُرْءَٰنًا عَرَبِيًّا﴾ [الزخرف: ٣] وقال تعالى عن القرآن الكريم: ﴿وَإِنَّهُۥ لَتَنزِيلُ رَبِّ ٱلْعَٰلَمِينَ ﴿١٩٢﴾ نَزَلَ بِهِ ٱلرُّوحُ ٱلْأَمِينُ ﴿١٩٣﴾ عَلَىٰ قَلْبِكَ لِتَكُونَ مِنَ ٱلْمُنذِرِينَ ﴿١٩٤﴾ بِلِسَانٍ عَرَبِيٍّ مُّبِينٍ﴾ [الشعراء: ١٩٢ ـ ١٩٥]. وعلى هذا لا تعتبر أحاديث الرسول ﷺ من القرآن لأن ألفاظها ليست من الله وإن كانت معانيها موحى بها من الله تعالى. وترجمة القرآن إلى غير اللغة العربية لا تعتبر قرآناً.

ثانياً ـ إنه نقل إلينا نقلاً متواتراً. ومعنى النقل المتواتر هو نقل القرآن عن النبي

---

(١) انظر تعريفات أخرى للقرآن الكريم في كتاب الأحكام للآمدي ج١ ص ٢٨٨، والمستصفى للغزالي ج١ ص ٦٥، ومرآة الأصول للإزميري ج١ ص ٨٦ ـ ٨٧.

ﷺ من قبل أقوام لا يحصون ولا يتصور الغقل تواطؤهم على الكذب، ثم نقله عن هؤلاء آخرون لا يتصور العقل تواطؤهم على الكذب، لكثرة عددهم وتباين أماكنهم، وهكذا حتى وصل إلينا. فالتواتر متحقق في جميع مراحل نقل القرآن، وهذا هو معنى قول الإمام السرخسي إذ يقول: «فيكون أول النقل ـ أي المتواتر ـ كآخره، وأوسطه كطرفيه»(١). والنقل المتواتر يفيد اليقين والعلم القطعي.

ثالثاً ـ إنه وصل إلينا دون زيادة أو نقص؛ لأن الله تعالى تكفل بحفظه قال عز وجل: ﴿إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا ٱلذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُۥ لَحَٰفِظُونَ﴾ [الحِجر: الآية ٩] [الحجر: ٩].

رابعاً ـ إنه معجز بمعنى أن البشر جميعاً عاجزون عن الإتيان بمثله. وقد ثبت الإعجاز بتحدي القرآن للعرب المخالفين من أن يأتوا بمثل هذا القرآن أو بعشر سور من مثله أو بسورة واحدة من مثله، قال تعالى: ﴿قُل لَّئِنِ ٱجْتَمَعَتِ ٱلْإِنسُ وَٱلْجِنُّ عَلَىٰٓ أَن يَأْتُوا۟ بِمِثْلِ هَٰذَا ٱلْقُرْءَانِ لَا يَأْتُونَ بِمِثْلِهِۦ وَلَوْ كَانَ بَعْضُهُمْ لِبَعْضٍ ظَهِيرًا﴾ [الإسراء: ٨٨]. ﴿وَإِن كُنتُمْ فِى رَيْبٍ مِّمَّا نَزَّلْنَا عَلَىٰ عَبْدِنَا فَأْتُوا۟ بِسُورَةٍ مِّن مِّثْلِهِۦ وَٱدْعُوا۟ شُهَدَآءَكُم مِّن دُونِ ٱللَّهِ إِن كُنتُمْ صَٰدِقِينَ ۝ فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا۟ وَلَن تَفْعَلُوا۟ فَٱتَّقُوا۟ ٱلنَّارَ ٱلَّتِى وَقُودُهَا ٱلنَّاسُ وَٱلْحِجَارَةُ أُعِدَّتْ لِلْكَٰفِرِينَ﴾ [البقرة: ٢٣ ـ ٢٤]. وقد سكت المخالفون عن المعارضة مع حرصهم الشديد على إبطال دعوة النبي ﷺ وتكذيبه، ومع عدم وجود المانع من هذه المعارضة، فهم أهل البلاغة والفصاحة وأصحاب السلطان، فلولا عجزهم لما سكتوا، وإذا عجز العرب فغيرهم أعجز، وإذا ثبت العجز من الجميع ـ ولا يزال ثابتاً حتى يومنا هذا ـ ثبت أن القرآن من عند الله، وإذا ثبت أنه من عند رب الناس وجب على الناس اتباعه. وعلى هذا فالقرآن حجة على الجميع والمصدر الأول للتشريع بالدليل القاطع والبرهان الساطع.

١٩٥ ـ أنواع أحكام القرآن:

أحكام القرآن أنواع:

أولاً: أحكام تتعلق بالعقيدة كالإيمان بالله ورسله واليوم الآخر وهذه هي الأحكام الاعتقادية.

---

(١) أصول السرخسي ج١ ص ٢٨٢.

ثانياً: أحكام تتعلق بتزكية النفوس وتهذيبها وبيان الأخلاق القويمة الواجب التحلي بها، والأخلاق الرديئة الواجب التخلي عنها، وهذه هي الأحكام الأخلاقية.

ثالثاً: الأحكام المتعلقة بأقوال وأفعال المكلفين فيما عدا النوعين السابقين، وهذه هي الأحكام العملية وتدخل في موضوع الفقه. وهي قسمان:

القسم الأول: عبادات.

القسم الثاني: معاملات وتشمل جميع مسائل القانون العام والخاص على النحو الذي فصلنا من قبل.

١٩٦ ـ بيان القرآن للأحكام:

جاء بيان القرآن للأحكام على ثلاثة أنواع:

النوع الأول:

بيان كلي أي بذكر القواعد والمبادئ العامة التي تكون أساساً لتفريع الأحكام وابتنائها عليها، مثل:

أ ـ الأمر بالشورى، قال تعالى: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ﴾ [آل عِمرَان: ١٥٩].

ب ـ الأمر بالعدل والحكم به: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ﴾ [النّحل: ٩٠] ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾ [النِّساء: ٥٨].

ج ـ لا يسأل الإنسان عن ذنب غيره: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [الأنعَام: ١٦٤].

د ـ العقوبة بقدر الجريمة: ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾ [الشّورى: ٤٠].

هـ ـ حرمة مال الغير: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [البَقَرَة: ١٨٨].

و ـ التعاون على الخير وما فيه نفع الأمة: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المَائدة: ٢].

ز ـ الوفاء بالالتزامات: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المَائدة: ١].

ح ـ لا حرج ولا ضيق في الدين: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحَجّ: ٧٨] ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾ [البَقَرَة: ١٨٥].

ط ـ الضرورات تبيح المحظورات: ﴿فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ [البقرة: ١٧٣].

النوع الثاني:

بيان إجمالي، أي: ذكر الأحكام بصورة مجملة تحتاج إلى بيان وتفصيل، ومن هذه الأحكام:

أ ـ وجوب الصلاة والزكاة قال تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتُوا۟ ٱلزَّكَوٰةَ﴾ [البقرة: ٤٣]، ولم يبين القرآن عدد ركعات الصلاة وكيفيتها، فجاءت السنة بتفصيل ذلك، قال عليه الصلاة والسلام: «صلوا كما رأيتموني أصلي»، وكذلك جاءت السنة ببيان أحكام الزكاة وتحديد مقاديرها وأنصبتها.

ب ـ وجوب الحج: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ [آل عمران: ٩٧]. فجاءت السنة بتفصيل وبيان الحج وأركانه، قال عليه الصلاة والسلام: «خذوا عني مناسككم».

ج ـ إيجاب القصاص: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ﴾ [البقرة: ١٧٨]، فجاءت السنة ببيان شروط القصاص.

د ـ حل البيع وحرمة الربا: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا۟﴾ [البقرة: ٢٧٥]، فجاءت السنة ببيان البيع الحلال والبيع الحرام والمقصود بالربا.

النوع الثالث:

بيان تفصيلي، أي: ذكر الأحكام بصورة تفصيلية لا إجمال فيها، مثل أنصبة الورثة، وكيفية الطلاق وعدده وكيفية اللعان بين الزوجين، والمحرمات من النساء في النكاح، وبعض العقوبات وهي المسماة بالحدود كحد الزنا والسرقة وقطع الطريق والقذف، وغير ذلك من الأحكام التفصيلية في القرآن.

١٩٧ ـ وأكثر بيان القرآن التفصيلي جاء بالسنة لأحكام العقيدة والأخلاق. أما

الأحكام العملية فقد جاء البيان في أكثرها على شكل كلي لا جزئي، وإجمالي لا تفصيلي سوى مسائل قليلة فصلها القرآن، ذكرنا بعض الأمثلة لها. وقد أعطى الله رسوله ﷺ سلطة بيان الأحكام المجملة، قال تعالى: ﴿وَأَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾ [النّحل: ٤٤].

والحق أن تفصيل جميع الأحكام في القرآن يخرجه عن مقصده الأول وهو الهداية والإرشاد. كما أن مجيء بعض الأحكام على شكل قواعد ومبادئ عامة مرنة، يلائم عموم وبقاء الشريعة، بحيث يمكن تفريغ الأحكام عليها، وتطبيقها على جزئيات الوقائع في مختلف الأزمان.

١٩٨ ـ ربط الأحكام بالعقيدة:

والملاحظ في أحكام القرآن أنها جاءت مرتبطة بمسائل العقيدة مثل الإيمان بالله واليوم الآخر والعقاب الأخروي الذي يلحق المخالف ونحو ذلك، والأمثلة على ذلك كثيرة منها:

أ ـ في الأحكام العقابية قال تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى فَٱجْلِدُوا۟ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِا۟ئَةَ جَلْدَةٍ ۖ وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِى دِينِ ٱللَّهِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ ۖ﴾. وفي عقوبة السارق: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓا۟ أَيْدِيَهُمَا جَزَآءًۢ بِمَا كَسَبَا نَكَٰلًا مِّنَ ٱللَّهِ ۗ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ [المَائدة: ٣٨].

وفي الربا: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ ٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ وَذَرُوا۟ مَا بَقِىَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓا۟ إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ ﴿٢٧٨﴾ فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا۟ فَأْذَنُوا۟ بِحَرْبٍ مِّنَ ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ ۖ وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَٰلِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ ﴿٢٧٩﴾﴾. وفي أكل مال اليتيم: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَٰلَ ٱلْيَتَٰمَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِى بُطُونِهِمْ نَارًا ۖ وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا﴾ [النّساء: ١٠].

وهكذا جميع الأحكام متصلة بالعقيدة، لأن العقيدة أساس الأحكام وقائمة عليها، ومن أركان العقيدة الإيمان بالله واليوم الآخر وغيرهما من أركان العقيدة، فربط الأحكام بها تذكير للإنسان بأن هذه الأحكام من عند الله، وما كان من عند الله تجب طاعته ولا يملك أحد تغييره، وإن من يخالف هذه الأحكام يلق عقابه في اليوم الآخر.

١٩٩ ـ أسلوب القرآن في بيان الأحكام:

للقرآن أساليب مختلفة في بيان الأحكام اقتضتها بلاغته وكونه معجزاً وكتاب هداية وإرشاد. فهو يعرض الأحكام عرضاً فيه تشويق للامتثال وتنفير عن المخالفة، ولهذا نجد ما هو مطلوب فعله يأتي بصيغة الأمر: ﴿أَقِيمُوا الصَّلَوٰةَ﴾ [الأنعام: ٧٢] وتارة يأتي بذكر الجزاء الحسن والثواب لفاعله، وطوراً يأتي بذكر محبة فاعله والثناء عليه وغير ذلك من أساليب بيان الواجب. والمطلوب تركه، قد يأتي بصيغة النهي: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ [البقرة: ١٩٥] وقد يأتي ذكره على وجه الذم له ولفاعله أو ببيان أنه سبب للعذاب أو لسخط الله أو مقته أو دخول النار أو لعن فاعله أو بوصف الفعل أنه رجس أو فسق ونحو ذلك من الأساليب الدالة على أن الفعل محرم مطلوب تركه. والفعل المباح قد يأتي بيانه باستعمال لفظ الحل أو الإذن أو نفي الحرج أو نفي الجناح ونحو ذلك.

٢٠٠ ـ وقد يأتي الحكم الواحد في القرآن في أكثر من موضع واحد للتذكير به والتأكيد عليه. وأخيراً يلاحظ أن أحكام القرآن مبثوثة في سوره، فهي غير مجموعة في مكان واحد، لأن القرآن ليس كتاباً قانونياً صرفاً على النحو الذي نعهده في كتب القانون وإن تعرض لمسائله وجاء بأحكام قانونية، فهو كتاب هداية وإرشاد وأخلاق وعبادة وقانون، وأحكامه متصلة بعضها ببعض، فأحكام الأخلاق متصلة بأحكام المعاملات بمعناها الواسع والأخيرة متصلة بالعقيدة فلا يضر كون الأحكام غير مجموعة في مكان واحد، بل إن جعلها مبثوثة في ثنايا الكتاب أدعى إلى فهمها جيداً ومعرفة ما يتصل بها، وتجعل القارئ لا يمل من قراءة أي جزء من القرآن.

المبحث الثاني

السنة

٢٠١ ـ السنة في اللغة: الطريقة المعتادة التي يتكرر العمل بمقتضاها، وبهذا المعنى جاء في القرآن الكريم: ﴿سُنَّةَ اللَّهِ فِي الَّذِينَ خَلَوْا مِن قَبْلُ وَلَن تَجِدَ لِسُنَّةِ اللَّهِ تَبْدِيلًا﴾ [الأحزاب: ٦٢] .

وفي الاصطلاح الشرعي، يراد بالسنة: ما صدر عن النبي ﷺ غير القرآن من قول أو فعل أو تقرير[1].

٢٠٢ ـ الدليل على حجية السنة وأنها مصدر للتشريع:

السنة مصدر للتشريع، دل على هذا الكتاب بنصوصه الكثيرة وبأساليب مختلفة، من ذلك:

أ ـ التصريح بأن النبي ﷺ لا ينطق عن الهوى وإنما هو وحي من الله، وما كان من عند الله يلزم اتباعه، قال تعالى: ﴿وَمَا يَنطِقُ عَنِ ٱلْهَوَىٰٓ ۝ إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْىٌ يُوحَىٰ﴾.

ب ـ الأمر بطاعة الرسول: ﴿قُلْ أَطِيعُوا۟ ٱللَّهَ وَٱلرَّسُولَ﴾ [آل عِمرَان: ٣٢] .

ج ـ جعل طاعة الرسول طاعة لله: ﴿مَّن يُطِعِ ٱلرَّسُولَ فَقَدْ أَطَاعَ ٱللَّهَ﴾ [النِّساء: ٨٠].

د ـ الأمر باتباع ما يأتينا من الرسول: ﴿وَمَآ ءَاتَىٰكُمُ ٱلرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَىٰكُمْ عَنْهُ فَٱنتَهُوا۟﴾ [الحشر: ٧].

ه ـ وجوب ردّ المتنازع فيه إلى الله، أي: إلى كتابه وإلى الرسول أي إلى سنته، قال تعالى: ﴿فَإِن تَنَٰزَعْتُمْ فِى شَىْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ ذَٰلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾ [النِّساء: ٥٩].

و ـ وجوب تحكيم الرسول ﷺ فيما يحصل فيه الاختلاف وقبول ما يحكم به: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا۟ فِىٓ أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا۟ تَسْلِيمًا﴾ [النساء: ٦٥].

ز ـ لا خيار للمسلم فيما قضى به الله أو قضى به رسوله: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى ٱللَّهُ وَرَسُولُهُۥٓ أَمْرًا أَن يَكُونَ لَهُمُ ٱلْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ ۗ وَمَن يَعْصِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَٰلًا مُّبِينًا﴾ [الأحزاب: ٣٦] .

ح ـ التحذير بالعذاب الأليم من مخالفة الرسول ﷺ: ﴿فَلْيَحْذَرِ ٱلَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِۦٓ أَن تُصِيبَهُمْ فِتْنَةٌ أَوْ يُصِيبَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ [النُّور: ٦٣] .

---

(١) الآمدي ج١ ص ٢٤١، وحاشية الأزميري ج٢ ص ١٩٦.

ط ـ أعطى الله رسوله سلطة بيان أحكام القرآن، لأن في القرآن أحكاماً مجملة تحتاج إلى تفصيل وبيان حتى يصح بها التكليف؛ ولهذا بينها النبي ﷺ بما له من سلطة البيان قال تعالى: ﴿وَأَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾ [النّحل: ٤٤]. فهذه النصوص وأمثالها تدل على أن السنة حجة وواجبة الاتباع ومتممة للكتاب ومصدر للتشريع.

٢٠٣ ـ أنواع السنة باعتبار سندها:

ويقصد بسندها رواتها، وهي بهذا الاعتبار ثلاثة أنواع إذا اتصل سندها[(١)]:

أولاً: سنة متواترة، وهي ما رواها عن النبي ﷺ جمع لا يتصور العقل تواطؤهم على الكذب ولا يحصى عددهم، ثم نقلها عنهم جمع بهذه الصفة أيضاً حتى بلغتنا[(٢)]. ومن هذا النوع السنن العملية التي بينت مقادير الزكاة وأفعال الحج، وهيآت الصلاة وأركانها. وهذه تفيد العلم اليقيني.

ثانياً: سنة مشهورة وهي ما رواها عن النبي ﷺ واحد أو اثنان، أي: عدد لا يبلغ حد التواتر، ثم اشتهرت فنقلها جموع التواتر في عصر التابعين وتابعي التابعين[(٣)] وهذا النوع من السنة يفيد العلم اليقيني عند الحنفية، ولكن دون اليقين بالسنة المتواترة.

ثالثاً: سنة آحاد: وهي ما يرويها عن النبي ﷺ عدد لم يبلغ حد التواتر ولم تشتهر فيما بعد، أي: هي ما ليست سنة متواترة ولا مشهورة. وهذا النوع يفيد العلم الظني الراجح بصحة نسبتها إلى النبي ﷺ ويلزم العمل بها.

---

(١) أما إذا لم يتصل سندها إلى النبي ﷺ بأن لم يذكر التابعي اسم الصحابي الذي روى السنة عن النبي ﷺ فتسمى بالحديث المرسل.

(٢) انظر شرح نخبة الفكر في مصطلح أهل الأثر للعسقلاني ص ٦ ـ ٨، والشوكاني ص ٤٦، والمستصفى ج١ ص ٩٠.

(٣) مسلم الثبوت ج٢ ص ١١١. والمقصود بعصر التابعين العصر الذي تلا عصر الصحابة، وعصر تابعي التابعين العصر الذي تلا عصر التابعين، وتنتهي هذه العصور في منتصف القرن الثالث للهجرة تقريباً. وسبب تقييد الشهرة بهذه العصور هو انتشارها واشتهارها بعد التدوين.

٢٠٤ ـ أنواع السنة من حيث ماهيتها، أي: ذاتها:

السنة باعتبار حقيقتها وذاتها[١] تنقسم إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: سنة قولية وهي أقوال النبي ﷺ وتسمى بالحديث[٢] مثل قوله عليه الصلاة والسلام: «لا ضرر ولا ضرار»، وقوله: «من رأى منكم منكراً فليغيره بيده فإن لم يستطع فبلسانه فإن لم يستطع فبقلبه، وذلك أضعف الإيمان»[٣].

القسم الثاني: سنة فعلية وهي ما فعله النبي ﷺ؛ مثل قضائه بشاهد واحد ويمين المدعي ومثل أدائه مناسك الحج.

القسم الثالث: سنة تقريرية وهي سكوت النبي ﷺ عن إنكار قول أو فعل، فهذا السكوت يدل على جواز الفعل وإباحته؛ لأن النبي ﷺ لا يسكت عن باطل أبداً، ومن أمثلة هذا النوع: سكوته وعدم إنكاره لعب الغلمان بالحراب في المسجد وسكوته وعدم إنكاره على جاريتين صغيرتين كانتا تغنيان غناء حماسياً في يوم العيد.

٢٠٥ ـ السنة تشريع وغير تشريع:

ليس كل ما صدر عن النبي ﷺ يكون تشريعاً للأمة، بل منه ما يكون كذلك ومنه ما لا يكون ولهذا فالسنة باعتبارها تشريعاً أو غير تشريع تنقسم إلى قسمين:

القسم الأول: ما صدر عن النبي ﷺ باعتباره نبياً ومبلغاً عن الله، فهذا يعتبر تشريعاً للأمة بلا خلاف. ومن أمثلة هذا النوع ما ذكرناه من أمثلة للسنة القولية والفعلية والتقريرية. ويلاحظ أن سكوت النبي ﷺ يدل على إباحة الفعل دائماً ومن ثم فهو تشريع للأمة.

القسم الثاني: ما صدر عن النبي ﷺ من أقوال وأفعال لا باعتباره نبياً مبلغاً عن الله، ولكن باعتباره إنساناً أو بمقتضى خبرته في الشؤون الدنيوية، فهذا النوع لا يعتبر تشريعاً للأمة، ويلحق بهذا القسم من جهة عدم اعتباره تشريعاً ما كان خاصاً بالنبي ﷺ. وعلى هذا الأساس يكون هذا القسم أنواعاً على النحو التالي:

---

(١) أي: متنها فكل سنة لها سند ومتن، فالسند هو رواتها، والمتن هو نفس السنة المروية.

(٢) وقد يطلق اسم الحديث على جميع أنواع السنة قولية كانت أو فعلية أو تقريرية.

(٣) رياض الصالحين للنووي ص ١٠٨.

أولاً: ما صدر عنه بمقتضى الطبيعة البشرية كالأكل والشرب والقيام والقعود، فهذا لا يكون تشريعاً للأمة؛ لأن هذه الأمور تصدر عن الإنسان بمقتضى طبيعته البشرية، ولكن كيفية أكله وشربه وقيامه وقعوده ونومه تدخل في دائرة الأفعال المستحبة، فتستحب للمسلم متابعة النبي ﷺ في هذه الكيفيات، ولا شيء عليه إن لم يتابعه فيها.

ثانياً: ما صدر عنه بمقتضى خبرته وتجاربه في الأمور الدنيوية مثل تنظيم الجيوش وتدبير أمور الحرب والتجارة ونحو ذلك فهذا لا يعد تشريعاً. ولهذا أمر النبي ﷺ الجيش في موقعة بدر بالتحول إلى مكان معين أشار به أحد الصحابة بعد أن أراد النبي ﷺ أن ينزل في مكان غيره.

ثالثاً: ما كان خاصاً بالنبي ﷺ مثل وصاله في الصوم، والتزوج بأكثر من أربع زوجات والتهجد بالليل وقبوله شهادة خزيمة وحده. فهذه الأمور خاصة به ولا تتابعه الأمة فيها، فلا يجوز في حقنا الوصال في الصوم ولا التزوج بأكثر من أربع، ولا يجب علينا التهجد في الليل.

٢٠٦ ـ أنواع الأحكام التي جاءت بها السنة:

النوع الأول: أحكام موافقة لأحكام القرآن ومؤكدة لها مثل حديث: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب من نفسه» فإنه موافق ومؤكد لقوله تعالى: ﴿يَتَأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النِّساء: ٢٩]. ومثله أيضاً ما جاء في السنة من النهي عن عقوق الوالدين وشهادة الزور وقتل النفس بغير حق ونحو ذلك مما ورد في القرآن وجاء مثله في السنة.

النوع الثاني: أحكام مبينة ومفصلة لمجمل القرآن؛ من ذلك السنة التي بينت مقادير الزكاة ومقدار المال المسروق الذي تقطع فيه يد السارق.

النوع الثالث: أحكام مقيدة لمطلق الكتاب أو مخصصة لعامه. فمن الأحكام ما يرد في القرآن مطلقاً فتقيده السنة أو يأتي عاماً فتخصصه السنة؛ فمن الأول قطع يد السارق جاءت مطلقة فقيدتها السنة بالرسغ، أي: تقطع اليد من الرسغ. ومن الثاني

ما ورد عاماً مثل تحريم الميتة قال تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ﴾ [المَائدة: ٣]، ولكن استثنى منها ميتة البحر. قال عليه الصلاة والسلام عن البحر: «هو الطهور ماؤه الحل ميتته»، أي: إن السنة خصصت الميتة بغير ميتة البحر[١].

النوع الرابع: أحكام جديدة لم يذكرها القرآن؛ لأن السنة مستقلة بتشريع الأحكام، وإنها كالقرآن في ذلك، وقد ثبت عنه عليه السلام أنه قال: «ألا وإني أوتيت القرآن ومثله معه»، أي: أوتيت القرآن وأوتيت مثله ـ أي: السنة ـ في وجوب اتباع أحكامها. ومن هذا النوع تحريم الحمر الأهلية وتحريم أكل كل ذي ناب من السباع ومخلب من الطير، وكالحكم بشاهد ويمين، وجواز الرهن في الحضر، ووجوب الدية على العاقلة وميراث الجدة ونحو ذلك[٢].

٢٠٧ ـ مرتبة السنة في الاحتجاج بها:

لا خلاف في أن السنة مصدر للتشريع كما قدمنا، ولكن رتبتها في ذلك تالية لرتبة الكتاب، بمعنى أن الاحتجاج بالكتاب مقدم على الاحتجاج بالسنة، وأن المجتهد يفتش عن الحكم في الكتاب أولاً؛ فإن وجده أخذ به وإن لم يجده تحول إلى السنة ليتعرف على الحكم فيها.

---

(١) كما ورد أيضاً في السنة حل الجراد الميت فيكون تحريم الميتة الوارد في القرآن مخصصاً بغير ميتة البحر كأسماكه وحيتانه وميتة الجراد.

(٢) الشوكاني ص ٣٢. ويلاحظ هنا أن بعض أحكام السنة جاءت على شكل قواعد ومبادئ عامة، كما ذكرنا بالنسبة لأحكام القرآن. ولا شك أن مجيء هذه الأحكام بهذا الشكل هو الملائم لطبيعة الشريعة من كونها عامة باقية لا تضيق بالجديد من الحوادث، كما ذكرنا في بحثنا عن أحكام القرآن. ومن هذه القواعد والمبادئ التي جاءت بها السنة ما يأتي:
أ ـ لا ضرر ولا ضرار.
ب ـ إنما الأعمال بالنيات.
ج ـ إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه.
د ـ المسلمون على شروطهم.
هـ ـ الولد للفراش.
و ـ على اليد ما أخذت حتى تؤديه.
ز ـ البينة على من ادعى واليمين على من أنكر.

ودل على هذا الترتيب ما روي عن النبي ﷺ أنه قال لمعاذ: «كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟ قال: أقضي بكتاب الله. قال: فإن لم تجد في كتاب الله؟ قال: فبسنة رسول الله ﷺ».. إلخ. وما روي عن عمر بن الخطاب أنه كتب إلى القاضي شريح: «إذا أتاك أمر فاقض بما في كتاب الله فإن أتاك ما ليس في كتاب الله فاقض بما سن فيه رسول الله ﷺ»[1]. ولا يعرف مخالف لهذا.

(١) الموافقات للشاطبي ج٤ ص ٧ ـ ٨.

الفصل الثاني

المصادر التبعية

المبحث الأول
الإجماع

٢٠٨ ـ الإجماع في اللغة: العزم على الشيء والتصميم عليه. وفي اصطلاح الفقهاء وعلماء الأصول اتفاق المجتهدين من الأمة الإسلامية في عصر من العصور بعد وفاة النبي ﷺ على حكم شرعي[١].

والإجماع مصدر للتشريع ودليل من أدلة الأحكام، وقد ثبت ذلك بنصوص كثيرة من الكتاب والسنة تعرف في مظانها من كتب أصول الفقه المختلفة.

٢٠٩ ـ مستند الإجماع:

الإجماع لا بد أن يستند إلى دليل لأن القول في الأمور الشرعية من غير دليل خطأ[٢]، والأمة الإسلامية لا تجتمع على خطأ كما جاء في أحاديث كثيرة عن النبي ﷺ. فلا بد، إذن، أن يكون إجماع المجتهدين تبع للمجتهدين فإذا وقع المجتهدون في الخطأ وقعت الأمة في الخطأ وهذا منفي عنها بنص الأحاديث النبوية.

ومستند الإجماع، أي دليله، قد يكون نصاً من الكتاب والسنة كما قد يكون قياساً أو عرفاً أو غير ذلك من أنواع الاجتهاد. فالإجماع على تحريم التزويج ببنات الأولاد مهما نزلت درجتهن، مستند إلى نص الكتاب ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾ [النِّساء: ٢٣] وإجماع الصحابة على أن ميراث الجدة السدس مستنده

(١) انظر الشوكاني ص ٦٣، والمستصفى ج١ ص ١١٠.
(٢) الآمدي ج١ ص ٣٧٦.

سنة الآحاد، والإجماع على تحريم شحم الخنزير مستنده القياس على تحريم لحمه، وإجماع الصحابة على قتال مانعي الزكاة كان بطريق الاجتهاد[1].

٢١٠ ـ أنواع الإجماع:

الإجماع نوعان: صريح وسكوتي:

فالصريح: هو أن يتفق جميع المجتهدين على حكم المسألة بصورة صريحة كأن يبدي كل مجتهد رأيه، وتكون الآراء متفقة على حكم المسألة.

والسكوتي: هو أن يبدي بعض المجتهدين رأيه في مسألة ويعلم به الباقون فيسكتون ولا يصدر عنهم صراحة اعتراف ولا إنكار.

٢١١ ـ إمكان الإجماع وهل وقع فعلاً:

ادعى البعض أن الإجماع بشروطه المذكورة في التعريف لا يمكن وقوعه؛ لأن المجتهدين متفرقون ولا سبيل إلى معرفتهم ولا معرفة آرائهم. ثم يقولون: ولهذا لم يقع الإجماع فيما مضى.

وقال الأكثرون: إن الإجماع بشروطه ممكن الوقوع وقد وقع فعلاً فيما مضى. ونحن نرجح التفصيل في المسألة؛ ففي عصر الخلفاء الراشدين لا سيما في عصر أبي بكر وعمر، حيث كان المجتهدون معروفين ومستقرهم في المدينة والرجوع إليهم لمعرفة آرائهم ميسور، نقول: في هذا العصر وقع الإجماع فعلاً وحصلت إجماعات كثيرة منها: إجماعهم على قتال مانعي الزكاة، وجمع القرآن، وإعطاء الجدة السدس في الميراث، وعدم قسمة الأراضي المفتوحة على الفاتحين، وعدم الجمع بين نكاح المرأة وعمتها أو خالتها ونحو ذلك. أما بعد هذا العصر حيث تفرق المجتهدون في الأقطار وكثر عددهم فمن العسير القول بوقوع الإجماع، وأقصى ما يستطاع قوله: إن أحكاماً اجتهادية اشتهرت ولم يعرف لها مخالف، ولكن لا يخفى أن عدم معرفة المخالف لا يدل على عدم وجود المخالف.

---

(١) المرجع السابق، ج١ ص ٣٧٩ وما بعدها.

٢١٢ ـ أهمية الإجماع في الوقت الحاضر:

الإجماع مصدر فقهي مشهود له بالصحة والاعتبار فيمكن الاستفادة منه في معرفة الأحكام الشرعية للوقائع الجديدة في وقتنا الحاضر. ونعتقد أن هذه الاستفادة لا يمكن أن تتم إلا عن طريق إيجاد مجمع فقهي يضم جميع المجتهدين من جميع الأقطار الإسلامية، ويكون لهذا المجتمع مكان معين ويهيأ له جميع ما يلزم لعمله، وتعرض عليه المسائل والوقائع الجديدة لدراستها وإيجاد الأحكام لها، ثم تنشر هذه الأحكام في نشرات دورية أو كتب خاصة لإطلاع الناس عليها وإبداء أولي العلم آراءهم فيها. فإذا ما اتفقت الآراء على هذه الأحكام كانت من الأحكام المجمع عليها، وكان هذا الإجماع قريباً من الإجماع المنصوص عليه عند الفقهاء ولزم اتباعه والعمل بموجبه.

المبحث الثاني

القياس

٢١٣ ـ القياس في اللغة: التقدير والمساواة. وفي اصطلاح العلماء: إلحاق مسألة لا نص على حكمها بمسألة ورد النص بحكمها في الحكم الذي ورد النص لتساوي المسألتين في علة الحكم[1]. فهذا الإلحاق يسمى قياساً. والمسألة المنصوص على حكمها تسمى المقيس عليه أو الأصل. والحكم الذي ورد به النص في المقيس عليه يسمى حكم الأصل. والمسألة التي لم يرد بحكمها ويراد إلحاقها بالمقيس عليه تسمى الفرع أو المقيس. والعلة التي من أجلها شرع الحكم تسمى العلة.

فإذا وجدت مسألة ورد النص بحكمها وعرفنا علة الحكم ثم وقعت مسألة لم ينص على حكمها ولكن تشترك مع المسألة الأولى في علة الحكم فإن المسألة الثانية تأخذ حكم المسألة الأولى.

٢١٤ ـ أمثلة على القياس:

أولاً: حكم شرب الخمر التحريم لورود النص بذلك. وعلة هذا الحكم الإسكار. فكل نبيذ فيه هذه العلة يكون حكمه التحريم أيضاً قياساً على الخمر.

(١) انظر: التوضيح وشرحه التلويح في أصول الفقه ج٢ ص ٥٢.

ثانيا: قتل الوارث مورثه، مسألة ورد النص بحكمها وهو حرمان القاتل من الميراث وعلة الحكم هو استعجال الوارث الميراث قبل أوانه فعوقب بحرمانه. وقتل الموصى له الموصي مسألة لم يرد النص بحكمها ولكن فيها نفس علة مسألة قتل الوارث مورثه وهي استعجال الشيء قبل أوانه فتأخذ نفس الحكم وهو حرمان الموصى له القاتل من حقه في الوصية كما حرم الوارث القاتل من حقه في الميراث.

فقتل الوارث مورثه هو المقيس عليه أو الأصل. وحرمانه من حقه في الميراث هو حكم الأصل وعلة الحكم هو استعجال الحق قبل أوانه. وقتل الموصى له للموصي هو المقيس أو الفرع وفيه نفس علة الأصل فيأخذ حكمه. فهذه العملية وهي إلحاق الموصى له القاتل بالوارث القاتل في الحرمان من الحق، تسمى هذه العملية بالقياس.

٢١٥ ـ حجية القياس:

ثبتت حجية القياس بأدلة كثيرة منها نصوص الكتاب والسنة والإجماع وعمل السلف بالقياس عند وجود النص دون إنكار[١].

المبحث الثالث

الاستحسان

٢١٦ ـ الاستحسان في اللغة: عد الشيء حسناً. وفي اصطلاح العلماء: هو العدول عن قياس جلي إلى قياس خفي أو استثناء مسألة جزئية من أصل كلي أو قاعدة عامة لدليل يقتضي هذا العدول.

ومن هذا التعريف يتبين لنا أنه نوعان: (الأول) ترجيح قياس خفي على قياس جلي. (الثاني) استثناء مسألة جزئية من أصل كلي أو قاعدة عامة.

٢١٧ ـ النوع الأول ـ ترجيح قياس خفي على قياس جلي:

قد يتجاذب المسألة قياسان: (الأول) قياس ظاهر متبادر إلى الذهن، (الثاني)

---

(١) أدلة القياس مبسوطة في كتب أصول الفقه ولم نر ذكرها هنا لأننا نريد الإيجاز لا الإسهاب في بحث مصادر الفقه.

قياس دقيق غير متبادر إلى الذهن ولكنه أقوى من الأول ويظهر عند التأمل في المسألة فيميل المجتهد إليه ويأخذ بمقتضاه ويترك القياس الأول الجلي. ومثاله: بيع الأراضي الزراعية دون النص في عقد البيع على حقوق ارتفاقها كحق الشرب والمسيل والمرور. فهذه الحقوق لا تدخل تبعاً مع المبيع عند الحنفية. فإذا وقف شخص أرضاً زراعية ولم يذكر حقوق ارتفاقها صراحة لا تدخل في الوقف قياساً على البيع كما يقضي به القياس الجلي لأن كلاً من البيع والوقف إخراج المال من مالكه. ولكن عند التأمل في المسألة يظهر لنا أن قياسها بالإجارة أولى لأن الموقوف عليه لا يتملك الموقوف وإنما يتملك منفعته فقط كما أن المستأجر لا يتملك المأجور وإنما يتملك منفعته فقط ومقتضى هذا القياس الخفي دخول حقوق الارتفاق تبعاً في الوقف ولو لم ينص عليها في الوقف قياساً على دخولها في الإجارة من غير ذكر لها لأن منفعة الموقوف لا يمكن تحصيلها من الأرض الموقوفة بدون حقوقها الارتفاقية، كما هو الحال في إجازتها.

٢١٨ ـ النوع الثاني ـ استثناء جزئية من أصل أو قاعدة عامة:

قد تقتضي القاعدة العامة حكماً كلياً ينطبق على جميع جزئيات القاعدة ولكن يظهر للمجتهد دليل يقتضي استثناء مسألة معينة من هذا الحكم الكلي، فتنفرد تلك المسألة بحكم خاص. ودليل الاستثناء قد يكون نصاً أو مصلحة أو عرفاً أو غير ذلك. ونورد فيما يلي بعض الأمثلة:

أولاً: القاعدة العامة تقتضي بأن بيع ما ليس عند الإنسان باطل لأنه بيع معدوم. ولكن السلم ـ وهو بيع معدوم ـ استثني من البطلان لورود النص بجوازه وهو ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم». والحق أن دليل جواز السلم هو السنة، ولكن الحنفية اصطلحوا على القول بأن السلم جاز استحساناً، ثم يقولون: ووجه الاستحسان هو السنة. فهذا اصطلاحهم ولا مشاحة في الاصطلاحات.

ثانياً: الأصل العام أن المحجور عليه لسفه لا تصح منه التبرعات ومنها الوقف. ولكن استثني من هذا الأصل جواز وقفه على نفسه للمصلحة استحساناً. ووجه الاستحسان هو حفظ ماله وعدم صيرورته عالة على غيره.

ثالثاً: الأصل العام في الوقف التأبيد. ومقتضى هذا الأصل عدم صحة الوقف المنقول لأنه غير قابل للتأبيد بطبيعته، ولكن استثنى بعض العلماء وقف المنقول إذا جرى به العرف استحساناً كوقف الكتب ونحوها.

٢١٩ ـ حجية الاستحسان:

الاستحسان مصدر من مصادر الفقه المعتبرة لأنه ليس إلا أخذاً بقياس أو بدليل آخر، كما تبين مما قلناه. أما من أنكره من العلماء كالشافعي فإنه أراد بالاستحسان اتباع الهوى وتشريع الأحكام بغير دليل، وهذا لا يجوز. ولهذا سلم به أصحابه بعد أن تبين لهم مراد القائلين به.

المبحث الرابع
المصالح المرسلة

٢٢٠ ـ تمهيد:

المقصود بتشريع الأحكام تحقيق المصالح للناس بجلب المنافع لهم ودرء المفاسد عنهم. ومصالح الناس ثلاثة أنواع من حيث اعتبار الشارع لها:

النوع الأول: مصالح اعتبرها الشارع وشرع الأحكام لتحقيقها مثل مصلحة حفظ النفس فقد شرع لها القصاص، ومصلحة حفظ المال شرع لها عقوبة قطع يد السارق، ومصلحة حفظ العقل شرع لها عقوبة شرب الخمر.

النوع الثاني: مصالح ألغاها الشارع ولم يعتبرها لأنها تفوت مصلحة أكبر، ومثال هذا النوع الاستسلام للعدو لم يعتبره الشارع وإن كان فيه مصلحة حفظ نفوس المحاربين، لأن رعاية هذه المصلحة يفوّت مصلحة أعظم هي حفظ البلاد من استعمار العدو لها وإهدار كرامة أبنائها، ولهذا شرع القتال وأوجب مدافعة العدو وصده.

النوع الثالث: مصالح لم يقم دليل من الشارع على اعتبارها أو إلغائها وهذه هي المصالح المرسلة أي مصالح المطلقة عن دليل اعتبارها أو إلغائها.

٢٢١ ـ تعريف المصالح المرسلة:

فالمصالح المرسلة إذن هي المصالح التي لم يشرع الشارع أحكاماً لتحقيقها ولم يقُم دليل معين على اعتبارها أو إلغائها.

فهل يجوز تشريع الحكم لتحقيق مثل هذا النوع من المصالح؟ قال جمهور العلماء بالإيجاب. فكل واقعة ليس فيها نص ولا إجماع ولا قياس ولا استحسان وفيها مصلحة للناس يجوز للمجتهد إيجاد الحكم المناسب لتحقيق هذه المصلحة للناس.

ومثال الأحكام التي شرعت بناء على المصلحة: جمع القرآن في مصحف واحد من قبل أبي بكر. وتدوين الدواوين من قبل عمر واتخاذ الصحابة السجون وقتل الجماعة بالواحد وتضمين الصناع ما يهلك بأيديهم من أموال الناس وحق ولي الأمر في فرض الضرائب على الأغنياء عند الضرورة ونحو ذلك.

٢٢٢ ـ حجية المصالح المرسلة:

المصالح المرسلة: مصدر فقهي دل على اعتباره استقراء نصوص الشريعة وأحكامها في الكتاب والسنة، وعمل فقهاء الصحابة. وهذا المصدر يتسع للأحداث الجديدة والوقائع المتطورة ويجعل الفقه مرناً نامياً لا يقف عند حد ولا يتحجر أو يضيق أمام مصلحة حقيقية لم يأت الشارع بحكم لها. وقد أخذ الفقهاء بهذا المصدر واستنبطوا الأحكام منه، وإن كان منهم المقل ومنهم المكثر ومنهم بين بين. ومن الأحكام الحاضرة التي يمكن أن نجد لها سنداً من المصالح المرسلة مسألة عدم انتقال ملكية العقار ما لم يسجل بدوائر الطابو.

المبحث الخامس

سد الذرائع

٢٢٣ ـ الذرائع: معناها الوسائل. فإذا كانت الوسائل مفضية إلى الحرام والفساد كانت هذه الوسائل محرمة ووجب سدها ومنعها حسماً لمادة وسائل الفساد. وإن كانت هذه الوسائل تؤدي إلى أمر مطلوب في الشرع كانت هذه الوسائل مطلوبة

أيضاً. فالذرائع تسد وتمنع إذا كانت تفضي إلى الفساد، وتجب وتفتح إذا كانت تفضي إلى المصالح[1]. ولكن أكثر ما يطلق اسم الذرائع على الأفعال والطرق المؤدية إلى الشر والفساد، ولهذا إذا قيل: سد الذرائع فيراد سد الطرق ومنع الأفعال المؤدية إلى الشر والفساد.

٢٢٤ ـ والفعل يكون وسيلة إلى الفساد فيمنع بغض النظر عن قصد صاحبه؛ لأن المنظور إليه في هذا الباب مآلات الأفعال، أي: ما تؤدي إليه؛ فإن كان المآل فساداً كان الفعل المؤدي إليه ممنوعاً سداً لذريعة الفساد وإن لم يقصد الفاعل بفعله الفساد.

٢٢٥ ـ حجية هذا الأصل:

وأصل سدّ الذرائع مشهود له بالصحة بدلائل الكتاب والسنة وعمل الصحابة فمن الكتاب: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾ [الأنعام: ١٠٨]. وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقُولُوا رَاعِنَا وَقُولُوا انظُرْنَا وَاسْمَعُوا﴾ [البقرة: ١٠٤]. نهى الله المسلمين من استعمال كلمة (راعنا)؛ لأن اليهود كانوا يريدون بها شتم النبي ﷺ، ولا يريدون معناها اللغوي المعروف، فجاء النهي عنها سداً لذريعة الفساد.

ومن السنة نهي النبي ﷺ عن الاحتكار سدًّا لذريعة التضييق على الناس. ونهى النبي ﷺ الدائن عن قبول الهدايا من مدينه سداً لذريعة الربا.

وقد عمل فقهاء الصحابة بهذا الأصل فورثوا المطلقة بائناً إذا طلقها زوجها في مرض الموت سداً لذريعة حرمانها من الميراث[2].

فسد الذرائع أصل معتبر ومصدر فقهي تستقى منه الأحكام، وقد أخذ به الأئمة المجتهدون، وكان أكثرهم أخذاً بهذا المصدر الإمام مالك والإمام أحمد ابن حنبل.

---

(١) الفروق للقرافي ج٢ ص ٣٢ ـ ٣٣.

(٢) تاريخ التشريع الإسلامي للخضري ص ١١٨.

المبحث السادس

العرف

٢٢٦ ـ العرف: ما اعتاده الناس وساروا عليه في أمور حياتهم ومعاملاتهم من قول أو فعل أو ترك. ويسمى أيضاً بالعادة على رأي كثير من الفقهاء. وبعضهم يجعل العادة ـ وهي الأمر المتكرر ـ أعم من العرف فكل عرف عادة وليس كل عادة عرفاً، وبعضهم يجعل العرف هو الأعم[1]. والذي نختاره أن العرف والعادة سواء فهما اسمان لما ألفه الناس واعتادوه وساروا عليه في حياتهم وهذا هو الذي يدل عليه كلام الفقهاء.

٢٢٧ ـ أنواعه:

أولاً: ينقسم العرف إلى عرف قولي، وعرف عملي.

فالعرف القولي: مثل تعارف الناس إطلاق كلمة الولد على الذكر دون الأنثى مع أنها في اللغة تطلق على الاثنين، وبهذا المعنى جاءت في القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ﴾ [النساء: ١٢] وقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١١].

ومن العرف العملي: تعارف الناس البيع بالتعاطي دون استعمال الصيغة اللفظية في البيع.

ثانياً: وينقسم العرف من جهة عمومه إلى عرف عام وعرف خاص.

فالعرف العام: ما يتعارفه الناس في جميع البلاد في وقت من الأوقات؛ كتعارفهم دخول الحمامات من غير تعيين مدة المكث فيها ولا تعيين مقدار الماء المستهلك.

والعرف الخاص : هو ما يتعارفه أهل بعض البلاد؛ كتعارف أهل العراق على تعجيل قسم من المهر وتأجيل الباقي إلى أقرب الأجلين: الموت أو الطلاق. وما

---

(١) العرف والعادة للأستاذ أحمد فهمي أبي سنة ص ١٨ ـ ١١. وأصول الفقه للشيخ عبد الوهاب خلاف ص ٩٧ ـ ٩٨.

يتعارفه أهل طائفة دون غيرها من الطوائف كتعارف التجار على إثبات ديونهم على من يتعامل معهم في دفاترهم الخاصة من غير إشهاد. وكتعارف أصحاب البساتين في بعض جهات لواء ديالى على إعطاء علاوة للمشتري زيادة على مقدار المبيع.

ثالثاً: وينقسم العرف من جهة صحته وفساده إلى قسمين: صحيح، وفاسد.

والعرف الصحيح: هو ما لا يخالف نصاً من نصوص الشريعة ولا قاعدة من قواعدها وإن لم يرد به نص خاص.

والعرف الفاسد: هو ما يخالف أحكام الشريعة وقواعدها الثابتة كتعارف الناس على كثير من المنكرات مثل التعامل بالربا وشرب الخمر وتعاطي القمار ونحو ذلك.

٢٢٨ ـ العرف المعتبر:

لا خلاف بين الفقهاء أن العرف الفاسد لا اعتبار له، لأن العرف الفاسد اتباع للهوى والأخذ بالهوى يفسد الشريعة. قال تعالى: ﴿وَلَوِ ٱتَّبَعَ ٱلْحَقُّ أَهْوَآءَهُمْ لَفَسَدَتِ ٱلسَّمَٰوَٰتُ وَٱلْأَرْضُ وَمَن فِيهِنَّ﴾ [المؤمنون: ٧١].

والعرف الصحيح لا خلاف في اعتباره والاعتداد به، فالفقهاء من مختلف المذاهب يعتدون به ويلاحظونه في الاستنباط وعند تطبيق الأحكام وعند تفسير نصوص عقود الناس.

وأساس اعتبار العرف يرجع إلى رعاية مصالح الناس ورفع الحرج عنهم، وقد راعته الشريعة في أحكامها، فالإسلام أقر ما كان عند العرب في الجاهلية من عادات صحيحة كفرض الدية على العاقلة، وإقراره بعض المعاملات كالمضاربة والشركة ونحو ذلك. وقد استدل بعض العلماء على حجية العرف بما روي عن النبي ﷺ: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن»[1]. وعلى كل حال فهو حجة شرعية ومصدر فقهي تستقى منه الأحكام، وعلى المجتهد والمفتي والقاضي ملاحظته. وقد ذكرنا بعض القواعد الفقهية الدالة على اعتبار العرف.

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ج٥ ص ٢٢٣.

٢٢٩ ـ تغيير الأحكام بتغير العرف:

الأحكام المبنية على العرف والعادة تتغير إذا تغيرت الأعراف والعادات، كما بينا هذا من قبل. ولهذا نجد بعض الاختلافات بين الفقهاء من المذهب الواحد مردها تغير العرف. ويقول الفقهاء عن مثل هذا الاختلاف: إنه اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان. والشافعي عندما نزل بمصر بعد تركه العراق غيَّر بعض آرائه في المسائل التي يختلف فيها عرف أهل مصر عن عرف أهل العراق. ونختم هذا الكلام بكلمة قيمة جامعة للإمام القرافي توضح هذا المعنى قال رحمه الله: «والأحكام المترتبة على العادات تدور معها أينما دارت وتبطل معها إذا بطلت.. وبهذا القانون تعتبر جميع الأحكام الشرعية المترتبة على العوائد ـ وهو تحقيق مجمع عليه بين العلماء ـ»[1].

المبحث السابع
مذهب الصحابي

٢٣٠ ـ تمهيد:

الصحابي عند الجمهور من علماء الأصول: من شاهد النبي ﷺ وآمن به ولازمه مدة تكفي لإطلاق كلمة الصاحب عليه عرفاً، مثل الخلفاء الراشدين وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وغيرهم ممن آمن بالنبي ﷺ ونصره وسمع منه واهتدى بهديه.

وبعد وفاة النبي ﷺ قام أصحابه الكرام ـ ممن عرفوا بالعلم والفقه ـ بالإفتاء والقضاء بين الناس وقد نقلت إلينا فتاواهم وأقضيتهم فهل تعتبر هذه الفتاوى والأقضية من مصادر الفقه يلتزم بها المجتهد ولا يتعداها إذا لم يجد للمسألة حكماً في الكتاب ولا في السنة ولا في الإجماع؟

---

(١) الفروق للقرافي ج١ ص ١٧٦ وما بعدها.

تحرير محل لختلاف العلماء:

ولأجل تحرير محل اختلاف العلماء في حجية قول الصحابي نفصل المسألة على النحو الآتي:

أولاً: لا خلاف في أن قول الصحابي فيما لا يدرك بالرأي حجة ومصدر للفقه لأن هذا القول منه محمول على السماع من النبي ﷺ فيكون من قبيل السنة. والسنة مصدر للتشريع.

ثانياً: لا خلاف في أن قول الصحابي الذي حصل عليه الاتفاق حجة أيضاً، ومصدر للتشريع، لأن الإجماع من المصادر التشريعية كما قلنا. أما قول الصحابي الذي لم يعرف له مخالف فهو من قبيل الإجماع السكوتي وهو حجة أيضاً عند القائلين به.

ثالثاً: لا خلاف في أن قول الصحابي لا يعتبر حجة ملزمة على صحابي مثله فقد رأينا الصحابة يختلفون فيما بينهم ولم يلزم أحدهم الآخر بما ذهب إليه.

رابعاً: قول الصحابي الصادر عن رأي واجتهاد. فهذا هو الذي حصل فيه اختلاف، من جهة اعتباره ملزماً لمن جاء بعد الصحابة.

٢٣٢ ـ ذهب البعض إلى أن قول الصحابي حجة يجب اتباعها وللمجتهد أن يتخير من أقوال الصحابة ما يراه أقرب إلى الكتاب والسنة. وذهب البعض الآخر إلى أن قوله ليس بحجة وللمجتهد أن يجتهد ويأخذ بمقتضى اجتهاده. احتج الأولون بأن احتمال الصواب فيما اجتهد فيه الصحابة أكثر جداً من احتماله بالنسبة لغير الصحابي، لأن الصحابة شاهدوا التنزيل ووقفوا على أسرار التشريع ولازموا النبي ﷺ ملازمة طويلة أكسبتهم ذوقاً فقهياً، وكانت عندهم معرفة واسعة بالكتاب وبأسرار اللغة العربية وكل هذا يجعل لآرائهم منزلة أكبر من آراء غيرهم، ويجعل اجتهادهم أقرب للصواب من اجتهاد غيرهم.

واحتج الآخرون بأننا ملزمون باتباع الكتاب والسنة وما أرشدت إليه من مصادر، وليس قول الصحابي واحداً من هذه المصادر، وبأن الاجتهاد بالرأي معرض للخطأ لا فرق بين صحابي وغيره وإن كان احتمال الخطأ بالنسبة للصحابي أقل.

والذي نميل إليه أن قول الصحابي ليس بحجة ملزمة، ولكن نرجح الأخذ به حيث لا حكم للمسالة في الكتاب وفي السنة ولا في الإجماع ومصادر الفقه الأخرى، على وجه الترجيح لا الإلزام[1].

المبحث الثامن
شرع من قبلنا

٢٣٣ ـ المقصود بشرع من قبلنا: الأحكام التي شرعها الله تعالى لمن سبقنا من الأمم وأنزلها على أنبيائه ورسله لتبليغها لتلك الأمم.

٢٣٤ ـ وقد اختلف العلماء في تلك الأحكام هل تلزمنا وتكون جزءًا من شريعتنا أم لا؟

وقبل ذكر أقوالهم لا بد من تحرير محل الإخلاف، لأن شرع من قبلنا أنواع، وبعض الأنواع متفق عليها. وبعضها هو محل الاختلاف، فلا بد من ذكر هذه الأنواع وبيان ما اختلف فيه من هذه الأنواع فنقول:

النوع الأول: أحكام لم يرد لها ذكر في كتابنا ولا في سنة نبينا ﷺ. وهذا النوع لا يكون شرعاً لنا بلا خلاف بين العلماء.

النوع الثاني: أحكام قصها القرآن أو السنة، وقام الدليل من شريعتنا على أنها منسوخة في حقنا، أي: إنها خاصة بالأمم السابقة. فهذا النوع لا يكون شرعاً لنا بلا خلاف بين العلماء.

النوع الثالث: أحكام جاءت في القرآن أو في السنة وقام الدليل من شريعتنا بأن هذه الأحكام مفروضة علينا كما كانت مفروضة على غيرنا من الأمم السابقة. وهذا النوع لا خلاف في أنه شرع لنا وإن مصدر شرعيته لنا نفس أحكام شريعتنا.

النوع الرابع: أحكام جاءت بها نصوص الكتاب أو السنة، ولم يقم دليل من سياق هذه النصوص على بقاء الحكم أو عدم بقائه بالنسبة لنا. مثل قوله تعالى:

---

(١) راجع هذا المبحث: أعلام الموقعين لابن القيم، والمستصفى للغزالي، وإرشاد الفحول للشوكاني.

﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ وَٱلْأُذُنَ بِٱلْأُذُنِ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المَائدة: ٤٥] فهل يعتبر هذا النوع شرعاً لنا أم لا؟ هذا هو محل الخلاف بين العلماء.

٢٣٥ ـ فذهب بعضهم كالحنفية وغيرهم إلى أنه شرع لنا. وذهب البعض الآخر إلى أنه ليس شرعاً لنا. واستدل كل فريق بما يؤيد وجهة نظره[١].

والراجح أن شرع من قبلنا ليس شرعاً لنا، قال تعالى: ﴿لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا﴾ [المَائدة: ٤٨].

ومع هذا فإن هذا الخلاف غير مهم؛ لأنه لا يترتب عليه اختلاف في العمل فما من حكم من أحكام الشرائع السابقة الذي قصه الله أو رسوله علينا إلا وفي شريعتنا ما يدل على نسخه أو بقائه في حقنا، سواء جاء دليل النسخ أو الإبقاء في سياق النص الذي حكى لنا حكم الشرائع السابقة أو جاء ذلك الدليل في مكان آخر من نصوص الكتاب والسنة، فالآية التي ذكرناها وهي: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ...﴾ [المائدة: ٤٥] لا خلاف بين العلماء أن أحكامها ثابتة وأنها جزء من شريعتنا[٢]. فهي معمول بها من قبل القائلين: إن شرع من قبلنا شرع لنا والمخالفين لهم في ذلك، فالأولون يحتجون بها وفقاً لمذهبهم، والآخرون يحتجون بها؛ لأن الدلائل من شريعتنا قامت على أنها شرع لنا. فمن هذه الدلائل.

---

(١) انظر المستصفى ص ١٣٢ وما بعدها. والآمدي ج٤ ص ١٨٦ وما بعدها.

(٢) قال الإمام الشافعي في كتابه أحكام القرآن ج١ ص ٢٨٠ ـ ٢٨١: «ذكر الله تعالى ما فرض على أهل التوارة فقال: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ...﴾ إلخ، ولم أعلم خلافاً في أن القصاص في هذه الأمة كما حكى الله عز وجل أنه حكم بين أهل التوراة. ولم أعلم خلافاً في أن القصاص بين الحرين المسلمين في النفس وما دونها في الجراح التي يستطاع فيها القصاص بلا تلف يخاف على المستقاد منه من مواضع القود»، وانظر أيضاً في تفسير ابن كثير ج٢ ص ٦٢، فقد حكى الإجماع أيضاً على العمل بموجب هذه الآية. وفي المغني لابن قدامة ج٧ ص ٧٠٢ ـ ٧٠٣: وأجمع المسلمون على جريان القصاص فيما دون النفس إذا أمكن.

أولاً: قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى﴾ [البَقَرَة: ١٧٨] وقوله تعالى: ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا فَلَا يُسْرِف فِّى ٱلْقَتْلِ﴾ [الإسرَاء: ٣٣].

وفي السنة: «والعمد قود إلا أن يعفو ولي القتيل» وقوله عليه السلام أيضاً: «من قتل له قتيل فهو بخير النظرين: إما أن يفتدي وإما أن يقتل» وفي حديث آخر: «لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث: الثيب الزاني والنفس بالنفس والتارك لدينه المفارق للجماعة».

فهذه الآيات والأحاديث تدل بصراحة على وجوب القصاص في القتل. والقصاص في القتل هو بعض ما جاءت به الآية: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ . . .﴾ إلخ[1].

ثانياً: قضى النبي ﷺ بالقصاص في الجروح[2].

ب ـ وفي قصة الرُّبيع بنت النضر، طلب أولياء المجني عليها من النبي ﷺ القصاص منها في سن كسرتها لجارية فأجابهم النبي ﷺ إلى طلبهم وقال: كتاب الله القصاص. أي: يقضي بالقصاص. ولكن عفا أهل الجارية فلم يجر القصاص[3].

ج ـ وعن النبي ﷺ أنه قال أنه قال: «من أصيب بدم أو خبل ـ والخبل جراح ـ، فهو بالخيار بين إحدى ثلاث: إما أن يقتص أو يأخذ العقل ـ أي: الضمان المالي، وهو الدية ـ أو يعفو»[4].

د ـ قوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البَقَرَة: ١٩٤]. قال العلماء: هذه الآية يندرج فيها وجوب القصاص المذكور في آية: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ . . .﴾ إلخ، فيدخل فيها العين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن وغيرها[5].

---

(١) نيل الأوطار ج٧ ـ ٧، المغني ج٧ ص ٦٣٩، ٦٤٧.

(٢) كتاب أقضية رسول الله ﷺ تأليف الشيخ الإمام عبد الله محمد بن فرج المالكي ص ١٢.

(٣) المرجع السابق ص ١٣.

(٤) نيل الأوطار ج٧ ص ٧.

(٥) الآمدي في كتابه الإحكام في أصول الأحكام ج٤ ص ١٩٩، والمستصفى للغزالي ج١ ١٣٤ ـ ١٣٥.

فهذه الآية، والأحاديث التي ذكرناها كلها تدل على أن أحكام الآية التي نحن بصددها (وكتبنا عليهم فيها.. إلخ) تعتبر جزءًا من شريعتنا فهي شرع لنا بالأدلة الثابتة في شريعتنا لا بمجرد أنها شرعت للأمم السابقة.

المبحث التاسع
الاستصحاب

٢٣٦ ـ الاستصحاب في اللغة: المصاحبة أو استمرار الصحبة. وفي اصطلاح العلماء: الحكم ببقاء الشيء على ما كان عليه في الماضي حتى يقوم الدليل على تغيره، أو هو بقاء الحكم الثابت في الماضي حتى يقوم الدليل على تغيره.

فإذا ثبت أن فلاناً زوج فلانة فإنه يحكم بقيام الزوجية بينهما حتى يقوم الدليل على زوالها. وإذا ثبت الملك لإنسان في عين، يستمر له هذا الملك حتى يقوم الدليل على انتقاله إلى غيره. وإذا ثبت أن فلاناً مدين لآخر فإن ذمة المدين تبقى مشغولة بالدين حتى يثبت فراغها منه بالأداء أو بالإبراء.

٢٣٧ ـ وقد بني على الاستصحاب بعض المبادئ أو القواعد الشرعية، فمن ذلك:

أ ـ الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيره. وعلى هذا فمن ثبتت حياته لا يحكم بوفاته حتى تثبت الوفاة بالدليل. وعلى هذا الأصل بنيت أحكام المفقود في الفقه.

ب ـ الأصل في الأشياء الإباحة. فكل عقد أو تصرف أو حيوان أو نبات أو طعام لا يعرف حكمه لا في الكتاب ولا في السنة ولا في المصادر الأخرى، فإنه يحكم بجوازه وإباحته استصحاباً لهذا الأصل، أي: استصحاباً للحكم الأصلي للأشياء، وهو الإباحة.

ج ـ اليقين لا يزول بالشك: فالشيء الثابت وجوده على وجه اليقين لا يحكم بزواله بمجرد الشك. فمن تيقن الوضوء ثم شك بانتقاضه حكم ببقائه.

د ـ الأصل براءة الذمة، أي: إن ذمة الإنسان تعتبر غير مشغولة بشيء حتى يثبت انشغالها به. فمن ادعى على غيره ديناً فعليه الإثبات.

٢٣٨ ـ والاستصحاب آخر ما يلجأ إليه الفقيه لمعرفة الحكم الشرعي إذا لم يجده في مصادر الفقه التي ذكرناها.

القسم الثاني

دراسة بعض النظم القانونية في الفقه الإسلامي



الباب الأول
نظام الملكية

الفصل الأول

المال وأقسامه

تمهيد:

الملكية ترد غالباً على المال فكان من المستحسن تعريف المال وبيان أنواعه قبل الكلام عن الملك وعلاقة المال به.

٢٣٩ ـ تعريف المال:

عرفه بعض الفقهاء بأنه ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة[١].

ويرد على هذا التعريف اعتراضان: (الأول) إن من الأشياء ما تعافه النفس ولا يميل إليه طبع الإنسان ومع هذا فهو مال مثال السموم والأدوية المرة. (الثاني) إن من الأشياء ما لا يمكن ادخاره على نحو تبقى معه منفعته كما هي ومع هذا فهو من الأموال قطعاً كالخضراوات ونحوها.

وعرفه آخرون بأنه اسم لغير الآدمي خلق لمصالح الآدمي ويمكن إحرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار[٢].

والتعريف المختار ما قاله البعض من أن المال كل ما يمكن حيازته والانتفاع به

---

(١) رد المحتار الحاشية على الدر المختار للإمام الفقيه ابن عابدين ج٤ ص ٣.

(٢) تاريخ التشريع الإسلامي ومصادره لأستاذنا محمد سلام مدكور ص ٢٧٥ هامش (٢).

على وجه معتاد[1]. فهذا التعريف يدل على أن مالية الشيء تتحقق إذا توافر فيه أمران: (الأول) إمكان حيازته، و(الثاني) إمكان الانتفاع به.

٢٤٠ ـ ويترتب على هذا التعريف المختار ما يأتي:

أ ـ ما نحوزه وننتفع به فعلاً يعد من الأموال كالدور والأراضي والسيارات والنقود والثياب والحيوانات ونحو ذلك.

ب ـ ما لا نحوزه فعلاً، ولكن نتمكن من حيازته يعد مالاً أيضاً، لأن الحيازة الفعلية ليست بشرط لثبوت مالية الشيء وإنما الشرط إمكان الحيازة فقط ما دام الشيء يمكن الانتفاع به، وعلى هذا يعتبر مالاً السمك في الماء والطير في الهواء والحيوان في الفلاة والمعدن في باطن الأرض.

ج ـ ما لا نتمكن من حيازته لا يعتبر مالاً وإن كنا ننتفع به فعلاً مثل ضوء الشمس ونور القمر.

د ـ ما لا يمكن الانتفاع به على وجه معتاد لا يسمى مالاً وإن حيز بالفعل كقطرة ماء أو حبة رز. والانتفاع المعتاد هو الانتفاع الذي جرت به عادة الناس ويلائم طبيعة الشيء ويحقق المنفعة التي خلق من أجلها، فالرز مثلاً منفعته أن يكون غذاء والحبة منه لا تحقق هذا الغرض وما جرى انتفاع الناس به على هذا النحو، فلا تكون مالاً.

هـ ـ ما منع الشارع الانتفاع به منعاً عاماً يسري في حق الناس جميعاً، لا يعتبر مالاً وإن حازه الإنسان وانتفع به فعلاً كأن استعمله في بعض حاجاته كالميتة حتف أنفها فلا يعد شيء من لحمها أو شحمها مالاً. أما صوفها وشعرها ووبرها وجلدها، فتعتبر من الأموال بعد تطهيرها ودبغها. وإنما كان الحكم ما ذكرناه، لأن كون الشيء ينتفع به أو لا ينتفع به حكم شرعي، فإذا أباح الشارع الانتفاع ثبتت ماليته وصار مالاً في نظر الشارع وما لم يبح الانتفاع به لا يكون مالاً. وإذا كان الانتفاع بالشيء جائزاً في حق البعض دون البعض الآخر صار هذا الشيء مالاً،

---

(١) مذكرات في المعاملات الشرعية لأستاذنا علي الخفيف ص ٢.

ولهذا تعتبر الخمر مالاً لانتفاع الذميين بها ونهى الشرع المسلمين من التعرض لهم بشأنها وكذا الخنزير.

٢٤١ ـ الحقوق والمنافع:

لا خلاف في أن الأشياء المادية التي يمكن إحرازها والانتفاع بها تعتبر مالاً على النحو الذي بيناه. ولكن هل تعتبر مالاً الحقوق[١] مثل حق الشرب (من حقوق الارتفاق) وحق الحضانة ونحوها؟ لا خلاف في أن الحقوق التي لا علاقة لها بالمال كالحضانة لا تعتبر مالاً. أما الحقوق المتعلقة بالمال كحق الشرب وحق المرور، فهي لا تعتبر مالاً عند الحنفية ومن وافقهم، وتعتبر مالاً عند غيرهم[٢]. وكذلك المنافع كسكنى الدار ولبس الثياب واستعمال السيارة وركوب الدابة ونحو ذلك، فهي أموال عند الجمهور وليست مالاً عند الحنفية[٣].

---

(١) الحق في اللغة: يطلق ويراد به الثبوت والوجود ومنه قوله تعالى: ﴿لَقَدْ حَقَّ ٱلْقَوْلُ عَلَىٰٓ أَكْثَرِهِمْ فَهُمْ لَا يُؤْمِنُونَ﴾ [يس: ٧] ويطلق ويراد به الأمر الثابت الموجود ومنه قوله تعالى: ﴿... قَدْ وَجَدْنَا مَا وَعَدَنَا رَبُّنَا حَقًّا فَهَلْ وَجَدتُّم مَّا وَعَدَ رَبُّكُمْ حَقًّا قَالُوا نَعَمْ﴾. وفي استعمال الفقهاء يراد بالحق: كل مصلحة مختصة بصاحبها بإقرار الشارع واعترافه سواء أكانت تلك المصلحة تتحقق بها منفعة مادية أو أدبية وسواء أكانت تلك المنفعة متعلقة بالمال كحق الملكية وحق النفقة أم متصلة بالنفس كحق الحضانة أم متعلقة بالنظام وشؤون الجماعة كالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، أم متعلقة بالمحافظة على الدين ونشره كالجهاد. فالحق في الشريعة لا يكون حقاً إلا إذا أقره الشارع وحكم بوجوده واعترف له بالحماية، ولهذا فإن مصادر الحقوق في الشريعة هو الشريعة نفسها، ولا يوجد حق شرعي إلا وله دليل يدل عليه من كتاب أو سنة أو إجماع أو قياس أو استحسان.. إلخ. المدخل للفقه الإسلامي للأستاذ محمد سلام مدكور ص ٤١١ وما بعدها، والمدخل لدراسة الفقه الإسلامي للأستاذ محمد مصطفى شلبي ص ١٦٥.

(٢) الوجيز للغزالي ص ١٨٠، المغني ج٥ ص ٥١٨، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي للأستاذ محمد مصطفى شلبي ص ١٦٥ ـ ١٦٦. ويلاحظ هنا أن الحنفية يرون جريان الإرث بحقوق الارتفاق وبيعها تبعاً للأرض ومعنى هذا أنها تقوّم بمال وإن كانت في ذاتها ليست مالاً. البدائع للكاساني ج٦ ص ١٨٩، ١٩٠. أحكام التركات والمواريث لأستاذنا أبي زهرة ص ٤٧ وما بعدها.

(٣) تاريخ التشريع الإسلامي ومصادره للأستاذ محمد سلام مدكور ص ٢٧٦.

٣/ ١٠/ ٢٤٢ ـ استدل الحنفية على عدم مالية المنافع بأن المال ما يمكن إحرازه وحيازته وإدخاره لوقت الحاجة، والمنافع لا تقبل الحيازة والادخار؛ لأنها أعراض لا تبقى زمانين، بل تحدث آناً بعد آن فلا يمكن إحرازها وبالتالي لا تكون مالاً، فهي قبل أن تحدث معدومة والمعدوم ليس بمال، وبعد حدوثها لا يمكن إحرازها وما لا يمكن إحرازه لا يسمى مالاً. وهي وإن لم تكن بذاتها مالاً إلا أنها تصير مالاً بالعقد كالإجارة استحساناً؛ لورود النص بذلك وجريان العرف به[١].

واحتج غير الحنفية بأن المال مخلوق لصالح الآدمي، والمنافع كذلك، وبأن حيازة المنافع ممكنة بحيازة أصلها ومحلها، وبأن الأعيان إنما تصير مالاً باعتبار الانتفاع بها؛ لأن الانتفاع بها هو المقصود فيما لا ينتفع به لا يكون مالاً، فكيف تسلب المالية عن المنافع ولولاها لما صارت الأعيان أموالاً؟[٢].. وأيضاً فإن الشارع أجاز أن تكون المنافع مهراً، والمهر لا يكون إلا مالاً بدليل قوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا۟ بِأَمْوَٰلِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَٰفِحِينَ﴾ [النساء: ٢٤] فالمنافع إذن من الأموال. كما أن العقد يرد على المنافع وتصير مضمونة به وهذا آية كونها مالاً؛ إذ لو لم تكن مالاً في ذاتها لما صارت مالاً بالعقد؛ لأن العقود لا تقلب حقائق الأشياء، بل تقرر خصائصها[٣].

والراجح من الرأيين قول الجمهور؛ لقوة أدلتهم وموافقتهم لعرف الناس وتعاملهم.

٢٤٣ ـ ويترتب على الخلاف بين الحنفية والجمهور، أن منافع المغصوب غير مضمونة عند الحنفية[٤] ومضمونة عند غيرهم[٥]؛ فلو غصب إنسان داراً وسكنها شهراً لم يضمن شيئاً عند الحنفية وعليه أجر المثل عند غيرهم. وكذلك قال الحنفية

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للإمام الزيلعي ج٥ ص ٢٣٤.
(٢) المرجع السالف الذكر.
(٣) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي ج١ ص ١٧١ ـ ١٧٢.
(٤) استثنى متأخرو الحنفية منافع الوقف ومال اليتيم والمعد للاستغلال وقالوا بضمان منافعها.
(٥) كتاب الخلاف للشيخ أبي جعفر الطوسي ج٢ ص ١٧٠.

بانفساخ عقد الإجارة بموت المستأجر قبل انتهاء مدتها؛ لأن منافع المأجور ليست مالاً فتورث، ولأن الوراثة خلافة عن الميت ولا تتصور إلا فيما يبقى في حياة المورث والوارث معاً حتى تتحقق الخلافة وليست المنافع هكذا، فما كان موجوداً منها في حياة المورث (المستأجر) لا تبقى لتورث وما يحدث منها بعده لم تكن مملوكة له فيخلفه فيها الوارث[1]. وغير الحنفية قالوا: إن عقد الإجارة لا ينفسخ بموت المستأجر، بل يحل الورثة حتى تنتهي مدة الإجارة[2].

٢٤٤ ـ تقسيمات المال:

يقسم المال إلى تقسيمات مختلفة باعتبارات مختلفة، فهو بالنظر إلى حماية الشارع له: مال متقوم وغير متقوم. وبالنظر إلى استقراره وعدم تحوله: عقار ومنقول. وبالنظر إلى تماثل أجزائه وآحاده: مثلي وقيمي. ونتكلم فيما يلي عن كل نوع من هذه التقسيمات، والفائدة المترتبة على كل تقسيم.

٢٤٥ ـ المتقوم وغير المتقوم:

المال المتقوم هو ما صار في حيازة الإنسان وجاز الانتفاع به شرعاً في حالة السعة والاختيار. كالدور والسيارات والنقود والثياب والكتب ونحوها.

وعلى هذا فما ليس في حيازة الإنسان لا يعد مالاً متقوماً كالطير في السماء والسمك في الماء. وكذلك ما كان في حيازة الإنسان ولا يباح له الانتفاع به شرعاً لا يعد مالاً متقوماً كالخمر والخنزير بالنسبة للمسلم، أما بالنسبة لغير المسلم فيعتبر مالاً متقوماً؛ لنهينا عن التعرض له بشأنهما، وهذا يدل على إقرار غير المسلم على الانتفاع بهما. والمقصود بحالة السعة والاختيار الأحوال العادية التي لا ضرورة فيها ولا اضطرار، فالخمر يجوز الانتفاع بها في حالة الضرورة كمن أشرف على الهلاك عطشاً جاز له شرب الخمر، وكذا يجوز عند الاضطرار أكل الميتة، ومع هذا لا تعتبر الميتة والخمر من الأموال المتقومة؛ لعدم جواز الانتفاع بها شرعاً في الأحوال العادية.

---

(١) الزيلعي، المرجع السالف، ج٥ ص ١٤٤ ـ ١٤٥.

(٢) محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق ص ١٦٧.

والمال غير المتقوم هو ما لم يتوافر فيه الأمران: الحيازة وجواز الانتفاع به في حال السعة والاختيار، أو لم يتوافر فيه أحد الأمرين كالخمر في حق المسلم.

٢٤٦ ـ ويترتب على قسمة المال إلى متقوم وغير متقوم، ما يأتي:

أ ـ من أتلف مال الغير وجب عليه الضمان، المثل إن كان مثلياً والقيمة إن كان قيمياً؛ لأن الشارع منحه حماية وحرمة.

أما غير المتقوم فلا حماية له ولا حرمة وبالتالي لا يضمن متلفه أي شيء. فإذا أتلف إنسان سمكة في الماء أو حيواناً غير مملوك في الفلاة فلا ضمان على المتلف. وكذلك إذا أتلف مسلم لمسلم خمراً فلا ضمان على المتلف؛ لأن الخمر غير متقومة في حق المسلم، أما لو أتلفها لذمي فإن الضمان يترتب على المتلف؛ لأن الخمر مال متقوم في حق الذمي وهذا عند الحنفية ـ والمالكية، ولا ضمان عليه عند الشافعية والحنابلة وغيرهم، وحجتهم في عدم الضمان أنَّ مالا يكون متقوماً في حق المسلم لا يكون متقوماً في حق الذمي[١].

ب ـ المال المتقوم هو الذي تصح فيه التصرفات من بيع وهبة وإجارة ونحوها. وغير المتقوم لا يصح فيه شيء من ذلك فلو باع مسلم خمراً لم يصح البيع، ولكن لو باعها ذمي صح البيع؛ لتقوم الخمر في حقهما[٢].

٢٤٧ ـ العقار والمنقول:

العقار هو ما لا يمكن نقله بحال من الأحوال وليس ذاك إلا الأرض. والمنقول ما يمكن نقله وتحويله من مكان إلى مكان سواء تغيرت هيأته عند النقل أو لم تتغير. وعند المالكية: المنقول ما أمكن نقله مع بقاء هيئته وصورته دون تغير، فإن تغيرت فهو عقار لا منقول وعلى هذا فالشجر والبناء يعتبران من العقار في المذهب المالكي[٣].

---

(١) بدائع الصنائع ج٥ ص ١٦، ١١٣، الأم ص ١٣١، المغني ج٥ ص ٢٧١.

(٢) أحكام القرآن للجصاص ج٢ ص ٤٣٦، بدائع الصنائع ج٥ ص ١٤٣. ويلاحظ هنا أن القانون المدني العراقي يعبر عما يراد بالأموال غير المنقولة في الفقه الإسلامي بالأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون: المادة ٦١ فقرة ٢. ويترتب على هذا أن الخمر مال متقوم في القانون المدني ويصح التصرف فيه وهذا خلاف الحكم المقرر في الفقه الإسلامي.

(٣) الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي للدكتور محمد يوسف موسى ص ١٦٣.

٢٤٨ ـ وفائدة تقسيم المال إلى عقار ومنقول تظهر في الأحكام التالية:

أ ـ الشفعة تجري في العقار دون المنقول إلا على رأي بعض الفقهاء كما سيأتي بيانه فيما بعد.

ب ـ يجوز للوصي على الصغار أن يبيع ما يملكون من منقول حسب ما يراه من وجوه المصلحة، وليس له أن يبيع عقارهم إلا بمسوغ شرعي كبيعه إيفاء للدين، أو لزيادة نفقاته على غلاته وغير ذلك من المسوغات المذكورة في كتب الفقه.

ج ـ عند بيع أموال المدين وفاء لدينه يبدأ بالمنقول أولاً فإن لم يف بيع عقاره.

٢٤٩ ـ المثلي والقيمي:

المال المثلي هو ما لا تفاوت بين أجزائه أو آحاده أو مع تفاوت يسير لا يعتمد به مع وجود نظائره في الأسواق. وهذا النوع يقدر عادة بالوزن أو بالكيل أو بالعدد فمن الأول الذهب والفضة والتفاح ونحوها، ومن الثاني الزيوت والحبوب، وقد شاع استعمال الوزن في الحبوب، وأصبحت من الموزونات لا من المكيلات، ومن الثالث ـ أي: ما يقدر بالعد ـ البيض والبرتقال.

ومن الأموال المثلية في الوقت الحاضر جميع المصنوعات التي تنتجها الآلات إذا اتحدت في المادة والصنع والصفة وقد تقدر بالمقياس كالمتر والياردة والذراع مثل المنسوجات والأقمشة، وقد تقدر بالعدد كالأواني والملاعق والكتب ونحوها.

المال القيمي: هو ما لا مثل له في الأسواق أو له نظير ولكن بتفاوت كبير لا يتسامح به عادة، كالدور والحيوانات كالإبل والغنم والأحجار الكريمة والكتب المخطوطة ونحوها.

٢٥٠ ـ ويترتب على هذه القسمة أمور منها:

أ ـ المثلي يثبت ديناً في الذمة إذا ما عينت أوصافه بخلاف القيمي فإنه لا يثبت ديناً في الذمة.

ب ـ الضمان في إتلاف المثلي يكون بمثله، وفي القيمي يكون بقيمته.

الفصل الثاني

الملك أو الملكية

٢٥١ ـ تعريف الملك:

إذا حاز الإنسان مالاً وكان له الانتفاع به شرعاً أصبح هو المالك والمال مملوكاً له، وظهرت بينهما علاقة اعتبارية يقرها الشارع ويرتب عليها آثارها، وهذه العلاقة هي الملك أو الملكية (نسبة إلى المالك) التي من آثارها تمكين المالك ـ دون غيره ـ من الانتفاع بالمملوك والتصرف فيه بأنواع التصرفات. فالملك إذن اختصاص بالشيء يمكن صاحبه شرعاً من الانفراد بالانتفاع به والتصرف فيه عند عدم المانع الشرعي(١).

فإذا ثبت هذا الاختصاص لشخص بشيء، وكان له شرعاً بناء على هذا الاختصاص أن يستبد بالانتفاع به أو التصرف فيه، ثبت له الملك على ذلك الشيء. وعلى هذا فقيم المجنون أو المعتوه ووصي السفيه أو الصغير لا يعد واحد منهما مالكاً لما يتصرف فيه من أموال من هو تحت ولايته؛ لأنه لا يستقل بالتصرف وإنما يتصرف في أموال من هو تحت ولايته بناء على صفته من كونه قيماً أو وصياً، بينما يعتبر كل من المجنون ونحوه مالكاً؛ لأنه يستقل بالتصرف لولا مانع الجنون ونحوه، ولهذا إذا زال المانع عاد الممنوع.

٢٥٢ ـ الملك والمال:

قلنا: إن الملك اختصاص بالشيء يمكن صاحبه بحكم الشرع من الانفراد

---

(١) مختصر أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ علي الخفيف ص ٨. وقد عرف الإمام القرافي الملك بأنه: حكم شرعي مقدر في العين أو المنفعة يقتضي تمكن من يضاف إليه من انتفاعه بالمملوك وأخذ العوض عنه من حيث هو كذلك: الفروق ج٣ ص ٢٠٨ ـ ٢٠٩.

بالانتفاع بالشيء والتصرف فيه إلا لمانع شرعي. ولكن الملك قد يطلق على الشيء المملوك، فيكون بهذا الاعتبار أعم من المال عند الحنفية، لأن الملك ـ بمعنى المملوك ـ يشمل الأموال والمنافع؛ إذ كل منهما مملوكة، ولكن المنافع ليست مالاً عند الحنفية وإن كانت مملوكة وترد عليها تصرفات كثيرة كالإجازة والوصية.

٢٥٣ ـ ما يقبل الملك من الأموال وما لا يقبله:

الأصل في الأموال أنها بطبيعتها تقبل الملك، إلا أنه قد يعرض لها من العوارض ما يجعلها غير قابلة للتملك، كالأموال التي يتعلق بها حق الناس جميعاً، وهي المخصصة للمنافع العامة كالطرق العامة والأنهار العظيمة كدجلة والفرات، والجسور ونحو ذلك، كل هذه الأموال، وهي بهذه الصفة، لا تقبل التملك فلا يمكن أن يرد عليها ملك فردي لمنافاة ذلك لما خصصت له. ولكن إذا زالت صفتها هذه ـ أي تخصيصها للنفع العام ـ أمكن عند ذلك تملكها ملكية فردية، كما لو استغني عن الطريق العام بإنشاء طريق غيره، فإن الطريق الأول المهجور يقبل عند ذاك التملك.

وكذلك الأموال الموقوفة، لا تقبل التملك، ولكن إذا ظهر سبب شرعي يسوغ بيعها كما لو قررت الجهة المختصة استبدال الوقف بغيره، جاز بيع الوقف وتملكه من قبل الأفراد. ومثل الوقف، في عدم جواز بيعه إلا بمسوغ شرعي، أموال الدولة كالأرض الأميرية فهي لا تصلح للتملك إلا إذا وجد سبب يبيح بيعها كما لو رأت الدولة بيع ذلك لمصلحة مشروعة. وفيما عدا ما ذكرناه من أموال، يصح تملكه وتمليكه.

٢٥٤ ـ أنواع الملك:

الملك نوعان: ملك تام، وملك ناقص.

فالتام ما يرد على ذات الشيء ومنفعته معاً. والناقص ما يرد على أحدهما فقط، أي: ملك ذات الشيء ـ رقبته ـ فقط أو ملك منفعته فقط. فمن يملك أرضاً رقبة ومنفعة فإن له أن يستعملها بنفسه فيزرعها أو يبني عليها، أو يستغلها بإيجارها للغير أو يتصرف فيها بالبيع أو الرهن ونحو ذلك؛ لأن ملكيته ملكية تامة تسوغ له هذه

التصرفات. ومن يملك رقبة الأرض فقط فليس له أن يستغلها أو ينتفع بها ما دامت ملكيته لمنفعتها لم ترجع إليه بعد.

ومن يملك منفعة الأرض فقط ليس له أن يتصرف في رقبة الأرض، ولكن له أن يستوفي هذه المنفعة بنفسه بواسطة غيره، كما سنبين ذلك فيما بعد ونتكلم فيما يلي عن الملك الناقص في مبحث أول ثم نتكلم عن الملك التام في مبحث ثان.

المبحث الأول
الملك الناقص

٢٥٥ ـ تمهيد:

الملك الناقص ـ كما قلنا ـ إما ملك العين فقط ـ أي: رقبتها ـ وإما ملك منفعتها فقط. وملك المنفعة، وقد يسمى أيضاً بحق الانتفاع، ينقسم إلى قسمين: حق انتفاع شخصي، وحق انتفاع عيني. فحق الانتفاع الشخصي يتعلق بشخص المنتفع فيكون له فقط وقد ينتقل إلى غيره في بعض الحالات كما سنذكره فيما بعد. وحق الانتفاع العيني، ويسمى بحق الارتفاق، يتعلق بعين العقار المقرر عليه هذا الحق ويتبع العقار المقرر له أنى ذهب، فهو لا يثبت لشخص معين، بل يتبع العقار المقرر له هذا الحق ويتبعه أنى ذهب ويثبت لمن يملك هذا العقار. وعلى هذا يكون الملك الناقص ثلاثة أنواع: (الأول) ملك العين فقط. (الثاني) ملك منفعة فقط يكون معه حق الانتفاع شخصياً. (الثالث) ملك منفعة يكون معه حق الانتفاع عينياً وهو حق الارتفاق[1]. ونتكلم فيما يلي عن كل نوع في مطلب على حدة.

المطلب الأول: ملك العين فقط

٢٥٦ ـ ويكون هذا النوع من الملك فيما إذا كانت العين وحدها ـ أي: رقبتها فقط ـ مملوكة لشخص مدة حياته أو لمدة معينة ثم مات الموصي وقبل الموصى له الوصية، فإن ملكية العين تؤول إلى الورثة ومنافعها إلى الموصى له طيلة المدة المعينة في الوصية ويلزم الورثة تسليم العين إلى الموصى له رد العين إلى ورثة

(١) الأستاذ علي الخفيف، المرجع السابق، ص ٩.

الموصى، وإذا مات الموصى له قبل انتهاء المدة وجب على ورثته ردها إلى ورثة الموصي؛ لأن المنافع لا تورث عند الحنفية.

ويلاحظ هنا أن ملكية العين فقط هي ملكية دائمة وتنتهي دائماً إلى ملكية تامة، أما ملكية المنافع فقط فإنها تكون مؤقتة دائماً وناقصة دائماً.

وكذلك لو أوصى شخص برقبة العين المملوكة له إلى شخص ومنافعها إلى شخص آخر وقبل الاثنان الوصية بعد موت الموصي، فإن ملك كل منهما ناقص فإذا انتهت مدة الانتفاع بالعين سلمت إلى الموصى له برقبتها وعادت ملكيته تامة.

٢٥٧ ـ خصائص هذا النوع من الملك:

إن مالك العين ليس له أن ينتفع بها مدة تعلق حق المنتفع بها، كما أنه ليس له أن يتصرف فيها تصرفاً مضراً بمالك المنفعة ـ وإذا مات مالك العين تورث عنه، وإذا أتلفها ضمن قيمة المنفعة لمالكها.

المطلب الثاني: ملك المنفعة أو حق الانتفاع الشخصي

٢٥٨ ـ وهذا الحق يتعلق ابتداء بشخص المنتفع، فله أن يستوفي المنفعة بنفسه، ولكن قد يكون له أيضاً أن يملكها لغيره كما لو أوصى لآخر بمنافع داره ينتفع بها كيف يشاء، فإن للموصى له في هذه الحالة أن يسكنها بنفسه كما له أن يعيرها أو يؤجرها لغيره. وقد لا يكون للمنتفع أن يملك المنفعة لغيره، بل له أن ينتفع بها بنفسه فقط كما لو وقف شخص داره على آخر ليسكنها بنفسه فقط ثم من بعده إلى الفقراء، أو يقف شخص داره ليسكنها طلبة العلم فقط فلا يكون لواحد منهم أن يعيرها أو يؤجرها. وفي هاتين الحالتين يكون للمنتفع ملك المنفعة أو حق الانتفاع، فلا فرق بين التسميتين عند الحنفية. ويرى فريق آخر من الفقهاء، ومنهم المالكية، قصر اسم ملك المنفعة على الحالة الأولى، أي: فيما إذا كان للمنتفع تمليك المنفعة لغيره، وقصر اسم حق الانتفاع على الحالة الثانية، أي: في ما إذا امتنع على المنتفع تمليك المنفعة إلى غيره. فحق الانتفاع عند هؤلاء الفقهاء من قبيل الإباحة لا من قبيل ملك المنفعة خلافاً للحنفية[1].

---

(١) الفروق للقرافي ج١ ص ١٨٧، الأستاذ علي الخفيف، المرجع السابق ص ١٠.

٢٥٩ ـ الفرق بين الملك والإباحة:

وعلى ذكر الإباحة لا بد من بيان الفرق بينها وبين الملك. فالملك اختصاص بالشيء يكسب صاحبه حق التصرف في هذا الشيء المملوك ما لم يوجد مانع شرعي. فإذا كان الملك منصباً على المنفعة أبيح للمالك أن يستوفي المنفعة بنفسه وأن يملكها لغيره بعوض أو بغير عوض كالمستأجر لأن المنفعة ملكه فله أن يتصرف فيها كما يشاء، إلاَّ إذا كان مالك المنفعة ممنوعاً من تمليكها لغيره كما في الوصية بالسكن فقط دون الإسكان.

أما الإباحة فهي حق يثبت للإنسان بسبب الإذن له بالانتفاع. وقد يكون هذا الإذن من مالك الشيء كما لو أذن المالك لشخص بالركوب معه في سيارته أو بالمبيت في بيته أو بقراءة كتابه. وقد يكون الإذن عاماً للجميع فيما هو مخصص للمنافع العامة كالطرق العامة والأنهار العظام والجسور ونحو ذلك. وقد يكون الإذن بحكم الشرع كما في قوله عليه الصلاة والسلام: «الناس شركاء في ثلاثة: في الماء والكلأ والنار» أي شركاء شركة إباحة لا شركة ملك في الماء غير المملوك لأحد، وبالكلأ قبل أن يحرز ويحاز، وبضوء النار الموقدة. فما دام الإذن قائماً فالإباحة قائمة، فإذا زال الإذن زالت الإباحة وتلاشى الحق في الانتفاع. هذا وإن من أبيح له الانتفاع فليس له أن ينتفع إلا بنفسه وفق الإذن الصادر بالإباحة، فمن أبيح له الركوب بالسيارة ليس له أن يحملها الأثقال ولا أن يركب غيره فيها. ومن أبيح له المبيت في منزل ليس له أن ينيب عنه أحداً غيره، ومن دعي إلى وليمة ليس له أن يحوز طعاماً منها ويأخذه إلى بيته... وهكذا. ومن هذا يتبين لنا أن إباحة الانتفاع بالشيء لا تفيد ملكية المنفعة وإنما تفيد الحق لمن أبيح له الانتفاع في أن ينتفع بنفسه فالإباحة رخصة في تحصيل المنفعة وليست هي ملك المنفعة[1].

٢٦٠ ـ أسباب ملك المنفعة:

ومالك المنفعة يستفاد بأحد الأسباب الآتية[2]:

---

(١) الأستاذ الخفيف، المرجع السابق، ص ١١.

(٢) الأستاذ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص ١٧٨ ـ ١٨٠، والأستاذ علي الخفيف، المرجع السابق ص ١١ ـ ١٢.

أولاً: الإجارة: وهي تمليك المنفعة بعوض، فالمستأجر يتملك بها منفعة المأجور وله أن يستفيدها بنفسه على الوجه المنصوص عليه في عقد الإجارة كما له أن يملكها لغيره بعوض أو بغير عوض ما دامت المنفعة لا تختلف باختلاف المنتفعين.

ثانياً: بالإعارة: وهي تبرع بالمنفعة بدون عوض، وتفيد تمليك المنفعة للمستعير على رأي جمهور الأحناف خلافاً لمن رأى أنه إباحة. فعلى الرأي الأول يجوز للمستعير أن يملكها لغيره بطريق الإعارة فقط[١] ما لم يمنع من ذلك مانع كما لو شرط عليه المعير أن لا يعيرها لأحد أو كانت المنفعة تختلف باختلاف المنتفعين.

ثالثاً: بالوقف[٢] والوصية[٣] وكلاهما يفيد ملك المنفعة، وللموقوف عليه أو الموصى له أن يستوفي المنفعة بنفسه وأن يملكها لغيره، كما لو وقف شخص داره على فلان ومن بعده على المساجد، أو أوصى بمنفعته وجعل لكل منهما أن ينتفع بالدار على الوجه الذي يريده فلكل منهما أن يسكن الدار إن شاء أو يؤجرها أو يعيرها.

٢٦١ ـ أحكام هذا النوع من الملك:

يختص ملك المنفعة أو حق الانتفاع الشخصي بجملة أحكام منها:

أولاً: قبوله التقييد، فلا يكون هذا النوع من الملك مطلقاً، بل يقيد ابتداء بالزمان والمكان والصفة، فيجوز مثلاً لمعير السيارة أن يقيد المستعير بالانتفاع بها مدة أسبوع فقط أو أن يستعملها للركوب فقط دون نقل الأثقال والأثاث، أو أن يستعملها في بغداد فقط أو أن يستعملها نهاراً لا ليلاً. وللموصي بمنفعة أرضه لشخص أن يقيد الموصى به بزراعتها قمحاً فقط أو بعدم تمليك منفعتها لغيره وهكذا.

---

(١) عند المالكية يجوز للمستعير أن يملك المنفعة لغيره بعوض أو بغير عوض. الفروق للقرافي ج١ ص ١٣٩.

(٢) الوقف: هو حبس العين عن تمليكها لأحد من العباد والتصدق بالمنفعة ابتداء أو انتهاء فقط، الوقف للأنباري ص ٣ ـ ٤.

(٣) الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت.

وهذا خلاف الملك التام؛ فإنه لا يقبل التقييد ولا يتقيد بشيء مما ذكرناه كما سيأتي فيما بعد.

ثانياً: عدم جريان الإرث في هذا النوع من الملك، فلا ينتقل ملك المنفعة أو حق الانتفاع إلى الغير عن طريق الإرث وهذا عند الحنفية[1]؛ لأن الإرث يجري فيما كان يملكه المورث ويبقى بعد وفاته وليست المنافع كذلك فهي تحدث آناً بعد آن، وما كان مملوكاً منها في حياته يفنى بعد وفاته وما وجد منها بعد وفاته لم يكن مملوكاً في حياته فلا يتصور فيه الميراث. واستثنى الحنفية من ذلك حقوق المرور والشرب والمسيل والتعلي فإنها تورث عندهم كما سيأتي فيما بعد. أما عند غير الحنفية فإن الإرث يجري في ملك المنفعة، لأن المنافع أموال عندهم فهي أموال مملوكة للمورث فتورث عنه[2].

ثالثاً: يجب تسليم العين إلى مالك المنفعة ليستوفيها على الوجه الجائز له، وعليه أن يحافظ عليها المحافظة المطلوبة دون إهمال أو تقصير، فإذا هلكت في يده أو تعيبت دون تعد أو إهمال أو تقصير لم يضمن شيئاً لأنه أمين، أما إذا كان الهلاك أو العيب بتعد منه أو تقصير فعليه الضمان.

رابعاً: على مالك المنفعة نفقات العين التي ينتفع بها إذا كان انتفاعه بها بالمجان كما في الوصية والعارية، أما إذا كان انتفاعه بعوض فإن نفقة العين تكون على مالكها، فنفقة الدابة وتكاليف السيارة تكون على مالكها لا على مستأجرهما وعلى المستعير لا على المالك في حالة الإعارة.

خامساً: رد العين إلى مالكها بعد انتهاء حق الانتفاع إذا طلبها منه إلا إذا ترتب على الرد ضرر بالمنتفع فعند ذلك تبقى عند المنتفع بأجر المثل إلى زوال الضرر،

---

(١) الكاساني ج٣ ص ٣٥٣ ـ ٣٢٦.

(٢) كشاف القناع ج٢ ص ٥٠٣، ٥٢١، بلغة السالك إلى مذهب مالك ج٣ ص ٥١٢، نهاية المحتاج ج٤ ص ٩٧، وقد أخذ برأي الحنفية قانون الوصية المصري، فقد جاء في مادته التاسعة والخمسين: (تسقط الوصية بالمنفعة بوفاة الموصى له قبل استيفاء المنفعة الموصى بها كلها أو بعضها).

فمن استأجر أرضاً للزراعة وانتهى الأجل والزرع لم يحن وقت حصاده، تبقى الأرض عند المستأجر بأجر المثل حتى يحصد الزرع.

٢٦٢ ـ انتهاء حق الانتفاع الشخصي:

ينتهي هذا النوع من الملك ـ ملك المنفعة الشخصية ـ بأحد الأمور التالية:

أولاً: بوفاة المنتفع، وهذا عند الأحناف، وعند غيرهم يحل محله ورثته حتى تنتهي مدة الانتفاع.

ثانياً: وفاة مالك العين، إذا كان ملك المنفعة بطريق الإجارة أو الإعارة أما في الوصية فلا يبدأ ملك المنفعة إلا بعد موت الموصي وقبول الموصى له الوصية أو عدم رده لها. وفي الوقف لا أثر لموت الواقف على ملك الموقوف عليه المنفعة.

ثالثاً: انتهاء مدة الانتفاع، سواء كان سبب حق الانتفاع إجارة أو إعارة أو وصية أو وقف، كما لو أوصى شخص لآخر بسكنى داره ثلاث سنوات ثم انتهت المدة، فليس له الاستمرار في سكناها.

رابعاً: إذا هلكت العين المنتفع بها أو تعيبت بعيب يتعذر معه الانتفاع بها، كما لو تهدمت الدار المستأجرة. وفي الوصية إذا هلك الموصى به بلا تعد أو تقصير من الغير انتهى حق الانتفاع. أما إذا كان الهلاك بتعد أو تقصير فإن حق الانتفاع لا ينتهي، بل يكلف المعتدي بقيمتها ثم يشتري بها عينًا أخرى تحل محل العين الهالكة لينتفع بها الموصى له المدة الباقية[1].

المطلب الثالث: حق الانتفاع العيني

٢٦٣ ـ تمهيد:

وهذا هو النوع الثاني من ملك المنفعة. وهو في أكثر صوره حق مقرر على عقار المنفعة عقار آخر دون نظر إلى مالكه. ومنه حق المرور من أرض معينة للوصول إلى أرض أخرى. وحق المسيل وهو صرف الماء الزائد عن الحاجة أو غير الصالح بإرساله في مجرى سطحي ونحوه حتى يصل إلى مقره من مصرف عام أو مستودع وإن كان المجرى يمر في أرض أخرى، وسيأتي تفصيل هذه الحقوق.

---

(١) الأستاذ علي الخفيف، المرجع السابق، ص ١٤.

وتسمية هذه الحقوق بحقوق الارتفاق تسمية حادثة أطلقها صاحب مرشد الحيران المرحوم قدري باشا. وعرف حق الارتفاق بأنه حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر مملوك لمن لا يملك العقار الأول. وهذا التعريف لا يصدق على حق الجوار ولا على حق التعلي ولا على حق الشفعة كما سيتضح فيما بعد وإن كنا سنذكر هذه الحقوق أيضاً مع الحقوق التي يصدق عليها تعريف حق الارتفاق، لأن الفقهاء يتكلمون عن هذه الحقوق جميعاً باعتبار أنها من أنواع حق الانتفاع العيني[1].

٢٦٤ ـ أولاً: حق الشرب:

حق الشرب حق من حقوق الارتفاق كحق المرور والمسيل التي سنذكرها تباعاً. والشرب (بالكسر) لغة النصيب من الماء وفي اصطلاح الفقهاء النصيب المستحق من الماء أو نوبة الانتفاع بالماء لسقي الشجر والزرع. ويلحق به ما يسمى بحق الشرب (بضم الشين) أو بحق الشفة، ويعني حق شرب الإنسان والدواب من الماء وللاستغلال المنزلي على وجه العموم باعتبار أنه يشمل سقي ما يكون في أفنية الدور من أشجار وزروع. فحق الشرب إذن يشمل النوعين: سقي الزروع والأشجار، وشرب الإنسان والحيوان ولهذا عرفه الإمام الكاساني بأنه ـ أي حق الشرب ـ هو حق الشرب والسقي[2]. والمياه بالنسبة لهذا الحق تنقسم إلى ثلاثة أقسام[3].

أ ـ مياه المجاري العامة التي لا ملك لأحد عليها كالأنهار العظام مثل دجلة والفرات ويلحق بهما الأنهار والترع التي تشقها الدولة وتنشئها للنفع العام كنزعة الإسماعيلية بمصر أو جدول الورار وكذا الغراف في العراق. فهذا النوع من المياه يثبت فيه للجميع حق الشرب بنوعيه؛ فلهم أن يأخذوا منه حاجتهم لشربهم وشرب حيواناتهم واستعمالهم المنزلي كما لهم سقي زروعهم وأشجارهم بواسطة نصب

(١) تاريخ التشريع الإسلامي ومصادره للأستاذ محمد سلام مدكور ص ٢٩٧.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ج٦ ص ١٨٨. والأستاذ علي الخفيف المصدر السابق، ص ١٥.

(٣) الأستاذ محمد سلام مدكور، المرجع السابق، ص ٢٩٨ ـ ٢٩٩.

المضخات أو شق الجداول الموصلة به وإجراء الماء فيها. ولا يقيد حق الناس في هذه المياه سوى قيد واحد هو عدم الإضرار بالآخرين فلا يجوز مثلاً نصب ماكنة على جدول تسحب أكثر مائه، فإن فعل أحد هذا كان لغيره منعه، لأن الناس شركاء في الماء شركة إباحة كما جاء في الحديث الشريف. والمراد بالماء الذي تجري الشركة فيه الماء غير المحرز كما في هذا النوع.

ب ـ ماء المجاري والترع والعيون والآبار التي أنشأها صاحب الأرض في أرضه. وفي هذا النوع يكون مكان الماء، أي: رقبة المجرى أو الترعة أو البئر، مملوكة لصاحب الأرض، أما الماء فهو مباح إباحة خاصة يثبت بها حق الشفعة للجميع دون حق الشرب هو أن في الناس حاجة دائمة إلى ماء يشربون منه هم ودوابهم ويستعملونه في حوائجهم البيتية فلا يصح أن يحال بينهم وبينه، لا سيما وأن هذا النوع لا يعد محرزاً عادة في مجراه، ولهذا إذا منعه صاحب المجرى عمن يريده لشربه وشرب دوابه فللممنوع أن يأخذه ولو بالقوة؛ لأنه محتاج إليه وله حق فيه ومانعه باغ ظالم يمنع ما ليس له منعه[1]. أما سقي زروعهم وأرضهم منه فلا حق لهم فيه؛ لأن في ذلك ضرراً بليغاً على صاحب الجدول أو البئر قد يترتب عليه أن لا يجد ما يسقي هو به زرعه. ولكن لو باع صاحب المجرى جزءًا من أرضه مع حق شربها مع هذا المجرى ثبتت للأرض المبيعة حق شرب على هذا المجرى المملوك للبائع دون أن يكون للمشتري ملك في رقبة المجرى.

ج ـ الماء المحرز في الأواني والأنابيب والصهاريج والحياض ونحوها. هذا النوع من الماء ملك لمن أحرزه، شأنه شأن كل مباح يملك بالاستيلاء عليه وإحرازه. ولهذا لا يثبت على هذا النوع من الماء حق شرب ولا حق شفة إلا إذا كان في الإنسان حاجة إلى الماء لدفع غائلة العطش عنه فله أن يأخذ كفايته ولو بالقوة والجبر على أن يضمن لصاحب الماء قيمته وهذا كله إذا كان الماء عند

---

(١) ويذكر في هذا الباب أثر عن عمر بن الخطاب خلاصته أنه أباح لمن منعوهم سقي دوابهم من بئر لهم أن يدافعوا أصحاب البئر ويأخذوا حاجتهم من الماء ولو بالقوة: انظر الخراج لأبي يوسف ص ٥٥، والبدائع ج٦ ص ١٨٩.

محرزه فائضاً عن حاجته ومنعه عمن يحتاجه. أما إذا لم يكن زائداً عن حاجته فليس لأحد أخذه منه بالقوة والإكراه؛ لأنه لا يجوز للإنسان أن يدفع الهلاك عن نفسه بإهلاك غيره.

٢٦٥ ـ ثانياً: حق المجرى:

وهذا الحق تابع لحق الشرب ومعناه: حق إجراء الماء في أرض الغير لإيصاله إلى الأرض المراد سقيها، فهو حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر بإجراء الماء في الأول لسقي العقار الثاني البعيد عن المجرى العام. وقد يكون المجرى ملكاً لصاحب الأرض التي يخترقها وهو يكون ملكاً لصاحب الأرض الذي ينتفع به، وقد يكون مشتركاً بين الاثنين.

ومن أحكام هذا الحق أنه لا يجوز لمن يمر هذا المجرى في أرضه أن يمنع صاحب حق المجرى من إمرار الماء فيه وإصلاحه وتعميه وتعهده بين الحين والحين. كما أن على صاحب المجرى أن يمنع أي ضرر عن الأرض التي يمر فيها، لهذا عليه أن يقوي جوانب المجرى حتى لا ينز ماؤه أو يطفح، كما عليه تعميق أرض المجرى أو تقليل جريان الماء إذا كان هذا ضرورياً لدفع الضرر عن الأرض التي يمر فيها المجرى.

٢٦٦ ـ ثالثاً: حق المسيل:

معناه حق صرف الماء الزائد عن الحاجة أو غير الصالح بإرساله في مجرى على سطح الأرض أو في أنابيب حتى يصل إلى مستودعه ومستقره. وقد يكون مصدر هذا الماء أرضاً زراعيةً أو داراً أو مقهى أو مصنعاً أو أي عقار آخر. كما أن هذا المجرى الذي تصرف فيه هذه المياه قد يكون ملكاً للمنتفع به وقد يكون مملوكاً للذي يمر المسيل في أرضه.

ويبقى هذا الحق ثابتاً للعقار المنتفع به (أي: العقار المخدوم) وإن غيره صاحبه كأن كان العقار داراً فجعلها بستاناً أو مصنعاً أو كان أرضاً زراعية فجعلها دوراً. وليس لمن يمر المسيل في أرضه أن يمانع في ذلك أو يعارضه اللهم إلا إذا كان فيه ضرر بليغ لا يمكن تلافيه فله منعه. وأخيراً فإن نفقات إصلاح المجرى، الذي تمر

فيه هذه المياه، على المنتفع به دون غيره كما هو الحكم في حق المجرى؛ لأن الغرم بالغنم.

فحق المسيل يختلف عن حق المجرى، فالأول يعني حق تصريف الماء الزائد أو غير الصالح أما الثاني فيعني جلب الماء الصالح وإمراره بأرض الغير لسقي أرض صاحب الحق.

٢٦٧ ـ رابعاً: حق المرور:

ويقصد به حق الإنسان في أن يصل إلى ملكه بالمرور في طريق عام أو طريق خاص.

أما المرور في الطريق العام فثابت لجميع الناس دون قيد سوى قيد عدم الإضرار بالغير. ويثبت لهم هذا الحق سواء أكانت عقاراتهم واقعة على هذا الطريق أم لا. ولمن كان عقاره واقعاً على الطريق العام حق آخر زيادة على حق المرور وهو حق الارتفاق به، أي: الانتفاع به بفتح الأبواب والنوافذ عليه. ولا يجوز لأحد أن ينتفع بالطريق على نحو فيه ضرر على الناس وتعويق لسيرهم وتضيق لسعة الطريق كإنشاء بناء أو إقامة حاجز أو دكة أو شرفة واطئة ونحو ذلك. أما إذا لم يكن في الأحداث ضرر ولا أذى ولا تعويق للمرور فيه، فإنه يجوز ولكن بشرط إذن ولي الأمر على رأي الإمام أبي حنيفة خلافاً لمن لم يشترط إذن ولي الأمر[1].

أما المرور في الطريق الخاص، فهذا الحق إما أن يثبت لشخص واحد أو أكثر، وقد يكون الطريق الخاص مملوكاً لصاحب حق المرور فيه، ولكن يقع في ملك غيره، وقد يكون ملكاً لصاحب الأرض التي يخترقها. ويثبت لأصحاب الطريق الخاص الحق في فتح الأبواب والنوافذ عليه على الوجه الذي جرت به العادة وتعارفه الناس، ولا يجوز على غير هذا الوجه إلا بإذن الآخرين من أصحاب الحق فيه؛ لأنه كالمال المشترك بينهم. وهذا الطريق وإن كان خاصاً بأصحابه إلا أنه ليس لهم سده أو إنشاء باب على منفذه وغلق هذه الباب. كما ليس لهم إزالة هذا

---

(١) شرح الكنز للزيلعي ج٦ ص ١٤٢ وفتح القدير ج٥ ص ٥٠٥.

الطريق؛ لأن حق العامة تعلق به منذ إنشائه وهو حق التجائهم إليه ودخولهم فيه عند الازدحام في الطريق العام. إلا أنه إذا كان عند إنشائه معزولاً عن الطريق العام بإقامة باب على منفذه فإنه في هذه الحالة لا تعلق لحق العامة به وبالتالي يجوز لأصحابه التصرف فيه بإزالته إذا شاؤوا.

٢٦٨ ـ حق التعلي:

وهو أن يكون لشخص الحق في أن يعلو بناؤه بناء غيره بأن يقيمه عليه فعلاً كما في دار مكونة من طبقة سفلى وأخرى عليا، وكل طبقة مملوكة لشخص، أي: يكون السفل لمالك والعلو لمالك آخر، فبهذا يكون لصاحب العلو حق القرار على ذلك السفل والانتفاع بسقفه من غير أن يكون مالكاً له، لأنه مملوك لصاحب السفل. وهذا الحق يبقى قائماً وإن انهدم البناء الأسفل أو الأعلى، ولصاحب العلو ولوارثه من بعده الحق في بنائه وإحداثه من جديد حين يريد.

وحق التعلي لا يباع استقلالاً عند الحنفية؛ لأنه ليس بمال، وإنما يباع ضمن علوٍّ بناؤه قائم فعلاً. ويجوز بيعه مستقلاً عند غير الحنفية كالمالكية والحنابلة، بل وحتى إذا لم يكن هناك بناء لا أعلى ولا أسفل[1].

ولما كان حق كل من صاحب العلو والسفل متعلقاً بملك الآخر فليس لواحد منهما أن يتصرف في ملكه تصرفاً مضراً بصاحبه. فليس لمالك السفل مثلاً أن يهدمه أو يفتح فيه فتحات تسبب له الوهن والضعف وتعرضه للانهدام، كما ليس لمالك العلو أن يبني عليه طبقة أو أكثر بحيث يضر بناؤها بالسفل.

وإذا هدم مالك السفل بناءه أجبر على إعادته. أما إذا انهدم لوهنه وضعفه فإن مالكه لا يجبر على إعادته، ولكن لمالك العلو أن يتفق معه بصورة ودية على إعادة البناء أو يراجع المحكمة لأخذ الإذن منها على إعادة البناء على حساب صاحبه ليرجع بما أنفق عليه. وإذا انهدم العلو أو هدمه مالكه فإنه لا يجبر على إعادته؛ إذ لا ضرر على صاحب السفل من ذلك.

---

(١) الأستاذ محمد مذكور، المرجع السابق، ص ٣٠٣ ـ ٣٠٤.

٢٦٩ ـ حق الجوار:

نريد بالجوار هنا الجوار الجانبي[١]، وهو ينشأ من الملاصقة بالجدران ويترتب عليه الحق لكل جار على جاره أن لا يفعل في ملكه ما يضر بملك جاره ضرراً بيناً فاحشاً لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا ضرر ولا ضرار». والحقيقة أن للجار حقوقاً مؤكدة على جاره جاءت بها نصوص الشريعة الكثيرة منها أن النبي ﷺ قال: «ما زال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيورثه». وعلى هذا فلا يجوز للجار أن يفعل في ملكه ما فيه ضرر فاحش على ملك جاره، كأن يقيم في داره مصنعاً أو طاحونة توهن البناء، أو يفتح شبابيك على ساحة جاره تنكشف بها عورات الجار، أو يقيم جداراً عالياً يمنع الضوء عن جاره، أو يحفر بئراً بجوار جدار جاره. فإذا فعل شيئاً مما ذكرنا منع منه وأجبر على تركه وإذا ترتب على فعله ضرر ضمنه وهذا على رأي مالك ومتأخري الحنفية بخلاف متقدميهم إذ ما كانوا يقيدون الجار في التصرف بملكه بقيود إلزامية قضائية وإنما تركوا له الحرية في التصرف بملكه كما هو مقتضى الملكية التامة اعتماداً منهم على يقظة ضميره ووازعه الديني والتزاماً بوصايا الشريعة بالجار. إلا أنه لما ضعف هذا الوازع وقلت المبالاة بحقوق الجار أفتى متأخرو الحنفية بلزوم تقييد تصرف الجار بملكه بما لا يسبب ضرراً فاحشاً بالجار بحيث إذا أخل بهذا الالتزام أجبر عليه قضاء[٢].

٢٧٠ ـ أسباب ثبوت ملكية حقوق الارتفاق:

ذكرنا فيما تقدم أنواع حقوق الارتفاق وبينا المقصود بكل حق، ونذكر الآن أسباب هذه الحقوق وملكية الشخص لها، وهذه الأسباب هي:

أ ـ الشركة العامة:

ونعني بهذا السبب اشتراك الجميع بمنافع العقارات المخصصة للنفع العام كالطريق العامة والأنهار الكبيرة ومصارف المياه العامة. فهذه العقارات ونحوها

---

(١) التعلي نوع من أنواع الجوار إذ هو جوار علوي.

(٢) جاء في المادة ١٠٥١ من القانون المدني العراقي: لا يجوز للمالك أن يتصرف في ملكه تصرفاً مضراً بالجار ضرراً فاحشاً...إلخ.

يترتب عليها حقوق ارتفاق لجميع العقارات المتصلة بها. فالدار الواقعة على نهر عام لها حق ارتفاق عليه هو حق الشرب وإجراء الماء لسقي زرعها وشجرها. والأرض المتصلة بمصرف عام للمياه لها عليه حق ارتفاق هو حق المسيل وهكذا. فسبب هذه الحقوق هو الشركة العامة بين الناس في منافع هذه العقارات المخصصة للنفع العام.

ب ـ اشتراطها في عقد معاوضة:

والسبب الثاني لنشوء حقوق الارتفاق هو اشتراطها في عقد معاوضة كما لو باع شخص قطعة أرض له لآخر واشترط عليه أن يكون عليها حق مرور أو حق مجرى أو حق مسيل لقطعة أرض أخرى مملوكة له. فإذا تم العقد بهذا الشرط ثبت حق الارتفاق المشروط للأرض المشروط لها هذا الحق على الأرض المبيعة.

ج ـ التقادم:

فإذا كان لعقار حق ارتفاق على عقار آخر منذ زمن قديم دون معارضة من أحد ودون أن يعرف سبب نشوء هذا الحق فإن الظاهر يشهد بأن الحق نشأ عن سبب صحيح وإن كان مجهولاً لنا وبالتالي نحكم ببقائه رعاية لقدمه. لأن القدم وإن كان بمجرده لا ينشئ حقاً إلا أنه أمارة على ثبوت الحق ونشوئه عن سبب صحيح معتبر. ولهذا إذا عرف سبب نشوء الحق فإن بقاءه مرهون بصحة السبب فإن كان صحيحاً بقي الحق وإن كان باطلاً سقط الحق.

٢٧١ ـ الفرق بين حق الارتفاق وحق الانتفاع الشخصي:

وبعد أن ذكرنا أنواع حقوق الارتفاق وأسباب نشوئها يمكننا بسهولة أن نتعرف على أوجه الفرق بين حق الارتفاق وحق الانتفاع الشخصي. وأهم هذه الفروق ما يأتي:

أولاً: حق الارتفاق يقرر لعقار، أي: يثبت لمصلحة عقار يسمى (المرتفق) أو العقار المخدوم. أما حق الانتفاع الشخصي فإنه مقرر لشخص، أي: يثبت لمصلحة شخص وينتفع به على هذا الأساس. وعليه فالأرض التي لها حق مرور على أخرى

ينتفع بهذا الحق كل من يريد الوصول إليها على أنه حق ارتفاق لها ولا ينحصر الانتفاع به على شخص معين، وكذلك حق المسيل وحق الشرب ينتفع بهما على أنهما من حقوق الأرض. أما حق الانتفاع الشخصي، كحق انتفاع الموصى له بمنفعة أرض، فإنه دائماً حق مقرر لشخص معين باسمه أو بوصفه[1]. كما أنه من الواضح البين أن حق الارتفاق تزيد به قيمة الأرض المرتفقة إذ به تزداد منفعتها فتزداد قيمتها.

ثانياً: حق الارتفاق يقرر دائماً على عقار يسمى العقار الخادم أو المرتفق به وتقل به قيمة العقار. ولهذا فإن الأرض المحملة بحقوق ارتفاقية تكون قيمتها أقل من مثيلتها الخالية من هذه الحقوق.

أما حق الانتفاع الشخصي فإنه قد يتعلق بعقار كما في وقف العقار، والوصية بمنفعته، وقد يتعلق بمنقول كما في إعارة كتاب أو إجارة سيارة.

ثالثاً: حق الارتفاق دائم غير مؤقت فلا يزول بتغير مالك العقار أو المرتفق به، لأنه يتعلق بالعقار أنى ذهب فينتفع به كل من يملك العقار المخدوم ويرثه ورثته من بعده وينتفعون به[2]، كما أن العقار المرتفق به يبقى محملاً بهذا الحق وإن تغير مالكه فينتقل إلى الورثة بهذه الصفة فلا يستطيعون إزالته أو تغييره أو المعارضة في الانتفاع به. أما حق الانتفاع الشخصي فهو دائماً مؤقت إلى أجل محدود ينتهي بانتهاء هذا الأجل كما في الإجارة والإعارة والوصية بالمنافع مدة حياة الموصى له بها.

المبحث الثاني
الملك التام

٢٧٢ ـ تمهيد:

قلنا: إن الملك نوعان: ملك تام: وهو ملك رقبة الشيء ومنفعته معاً. وملك

---

(١) محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق: ص ١٩٤.

(٢) حقوق الارتفاق تورث حتى عند الحنفية لأنها تابعة للعقار.

ناقص: وهو ملك العين فقط أو ملك المنفعة فقط. وقد تكلّمنا عن الملك الناقص وأنواعه وخصائص كل نوع والأسباب المنشئة له. ونذكر الآن خصائص الملك التام والقيود التي ترد عليه ثم نعدد أسبابه المنشئة له، أما تفصيلها فسنفرد لها فصلاً خاصاً.

٢٧٣ ـ خصائص الملك التام:

يمكن إجمال الملك التام بما يأتي:

أولاً: حق الملك غير موقوت بزمن معين ينتهي بانتهائه؛ لأن حق الملكية لا يقبل التقيد بالزمان والمكان، فهو حق دائم ويبقى قائماً ما دام الشيء المملوك قائماً، ولا ينتهي إلا بانعدامه أو بإخراجه من ملكية صاحبه بسبب ناقل للملكية أو بوفاة مالكه حيث ينتقل إلى الورثة.

ثانياً: للمالك حق الاستعمال والاستغلال والتصرف فيما يملكه، فله أن ينتفع به شخصياً وهذا هو حق الاستعمال، وله أن ينتفع به بطريق غير مباشر كأن يؤجره وهذا هو حق الاستغلال، وله أن يتصرف به بأي نوع من أنواع التصرفات كأن يعدمه أو يرهنه أو يبيعه أو يقفه أو يوصي به وهذا هو حق التصرف. فحق التصرف أعم من حق الاستعمال وحق الاستغلال؛ إذ يشملهما ويشمل غيرهما من التصرفات القولية والفعلية[1].

ثالثاً: ليس على المالك ضمان الشيء المملوك له إذا أتلفه هو؛ لأن الضمان يستحقه المالك، والإنسان لا يكون مديناً لنفسه فلا يجب عليه الضمان؛ لأن إيجابه في هذه الحالة عبث والأحكام لا تشرع للعبث. ولكن قد يترتب على إتلافه بعض الأحكام كالتعزير إذا كان ما أتلفه ذا روح، والحجر عليه إذا كان إتلافه أمارة على سفهه.

---

(١) جاء في المادة ١٠٤٨ من القانون المدني العراقي: الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفاً مطلقاً فيما يملكه عيناً ومنفعةً واستغلالاً فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتاجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة.

٢٧٤ ـ طبيعة حق الملكية:

لا شك أن الشريعة الإسلامية تعترف بحق الملكية الفردية وتحترمه وترعاه وتقرر لحفظه وحمايته وسائل كثيرة. فهي من جهة ترتب التزاماً عاماً على الكافة باحترام ملك الغير وتعدُّ التجاوز عليه من الكبائر الجالبة لسخط الله وعذابه في الآخرة وهي من جهة أخرى تقرر العقوبات الدنيوية الزاجرة لمن تردعه وسائل الإرشاد والتوجيه والتهديد، مثل عقوبة السارق والمختلس والغاصب. هذا من جهة اعترافها بحق الملكية وحمايته. ومن جهة الآثار المترتبة على هذا الحق تقرر إن لصاحبه أن يتمتع بثمراته فله وحده دون غيره التصرف فيه واستغلاله كما يشاء. إلا أن انفراد صاحبه بالتصرف فيه دون غيره لا يعني أنه حق مطلق للفرد لا يرد عليه قيد ولا تتدخل الشريعة في تنظيمه. فالحقيقة أن الشريعة نظمت هذا الحق وقيدته بقيود كثيرة لم يعد معها حقاً مطلقاً، بل أصبح أشبه ما يكون (بوظيفة) معينة يقوم بها الملاك بحماية الشريعة ورعايتها وحسب توجيهها وأوامرها والقيود التي تضعها تحقيقاً للخير والنفع للمالك نفسه وللجماعة نفسها. فالمالك في نظر الشريعة (كالوكيل) لا يتصرف في ملكه إلا في الحدود التي رسمتها له الشريعة. فحق الملكية إذن حق مقيد بالقيود الشرعية ومالكه أشبه ما يكون بالوكيل فيه، ويراد بهذا الحق أداء وظيفة معينة، أي: غرض معين يتلخص في جلب الخير والنفع لمالكه وللجماعة التي يعيش فيها عن طرق مراعاة حدود الشريعة وقيودها التي وضعتها بالنسبة لهذا الحق. والدليل على ما قلناه في وصف طبيعة حق الملكية الفردية ما يأتي:

أ ـ قوله تعالى: ﴿وَأَنفِقُوا مِمَّا جَعَلَكُم مُّسْتَخْلَفِينَ فِيهِ﴾ [الحديد: ٧]. فهذا يدل على أن يد المالك على ماله أشبه ما تكون بيد الوكيل أو النائب. وأن المال في الحقيقة ليس له وإنما أودع إليه التصرف فيه على النحو الذي يأمره به مالكه الحقيقي وهو الله. قال الإمام القرطبي أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي في تفسيره: ﴿مِمَّا جَعَلَكُم مُّسْتَخْلَفِينَ فِيهِ﴾ [الحديد: ٧] دليل على أن أصل الملك لله سبحانه وأن العبد ليس له فيه إلا التصرف الذي يرضي الله... إلى أن قال: وهذا

يدل على أنها ـ أي الأموال ـ ليست بأموالكم في الحقيقة وما أنتم فيها إلا بمنزلة النواب والوكلاء فاغتنموا الفرصة فيها قبل أن تزال عنكم إلى من بعدكم[1].

ب ـ كراهية الشريعة تكديس الأموال بأيدي فئة قليلة وعدم تداولها بين الناس الفقراء لما يترتب على ذلك من مفاسد وأضرار، ولهذا قسم رسول الله ﷺ ما أفاء الله عليه من أموال (بني النضير) على المهاجرين الفقراء دون الأنصار عدا فقيرين منهم تحقيقاً لقوله تعالى: ﴿مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنْ أَهْلِ ٱلْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ كَىْ لَا يَكُونَ دُولَةًۢ بَيْنَ ٱلْأَغْنِيَآءِ مِنكُمْ ...﴾[2]. فكراهية الشريعة حبس الأموال بيد فئة قليلة يدل على أن الملكية يراد بها تحقيق وظيفة خاصة تسهم في تحقيق أغراض الشريعة ومنها إقامة مجتمع فاضل خال من الأحقاد والحسد والضغائن يجد فيه كل فرد ما يسد به حاجته وينفع به الآخرين. ومما يساعد على تحقيق إقامة مثل هذا المجتمع عدم تكديس الأموال والثروات بأيدي قليلة. كما أن في تحديد أنصبة الورثة تفتيتاً للثروة ومنعاً لتكديسها بيد واحدة أو أيدي قليلة فضلاً عن الحكم الأخرى لهذا التحديد.

ج ـ قوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَٰمًا﴾ [النساء: ٥] فهذه الآية الكريمة تشير إلى معان كثيرة، منها: النهي عن وضع الإنسان ماله في يد من لا يحفظه ولا يحسن استثماره. ومنها النهي عن إعطاء السفهاء أموالهم لعجزهم عن استثمارها وحسن التصرف فيها، بل يلزم الحجر عليهم وإيداع أموالهم عند من يلي شؤونهم وهم القوام عليهم. ومنها: أن هذه الآية تخاطب المسلمين وتقول لهم: إن هذه الأموال التي تملكونها جعلكم الله عليها قواماً ووكلاء، فلا ينبغي لكم أن تجعلوها في يد من يضيعها[3].

فهذه المعاني التي تشير إليها الآية تدل على أن المقصود بالمال أداء غرض معين للشارع وهو تثميره والقيام عليه على نحو معين صالح يؤدي إلى الخير والنفع.

---

(١) تفسير القرطبي ج١٧ ص ٢٣٨.

(٢) انظر تفسير الطبري ج٢٨ ص ٣٩ وتفسير القرطبي ج١٨ ص ١٦.

(٣) أحكام القرآن ج٢ ص ٥٩ ـ ٦٠.

فإذا عجز مالكه عن أداء هذه الوظيفة سلبت منه السلطة عليه ومنع من التصرف فيه حتى يرشد ويصلح لأمانة الملكية. ولو كانت الملكية حقاً مطلقاً للمالك يتصرف فيه كما يشاء لما وضع الحجر على السفيه ومنع من التصرف في ماله.

٢٧٥ ـ قيود حق الملكية:

أما قيود حق الملكية فتظهر في تنظيم الشريعة لهذا الحق إيجاداً وبقاء وتنمية وإنفاقاً وما ترتب فيه من حقوق للآخرين. ونحن لا نريد هنا التبسط في هذا التنظيم والإفاضة في بيان وشرح هذه القيود وإنما نريد التنبيه على جملة منها على النحو الآتي:

أولاً: فيما يخص إثبات حق الملك وإيجاده نجد أن هذا الحق لم يثبت أصلاً لولا إثبات الشارع له واعترافه به وحمايته له وتقريره أسبابه. وأسبابه التي اعترف بها وجعلها منتجة له هي العمل المشروع بصوره العديدة ومنها الصيد وإحياء الموات واستخراج المعادن من الأرض ونحو ذلك، كما سنذكره فيما بعد. ومنها أيضاً الميراث والعقود والتصرفات الناقلة للملكية، كما سنذكره أيضاً فيما بعد. وما عدا ذلك لا تعترف الشريعة به ولا تعتبره سبباً للملكية كالسرقة والنهب والسلب والقمار وابتزاز أموال الناس بالباطل كالظلم والرشا والربا واستغلال السلطة والنفوذ، فهذه الأسباب ونحوها لا تعتبر من الأسباب الشرعية لاكتساب الملكية.

ثانياً: فإذا ثبت الملك لإنسان بناء على سبب شرعي فله أن يتصرف فيه وينميه على الوجه المشروع، أي: في الحدود التي رسمتها الشريعة والقيود التي وضعتها له. فله استعماله واستغلاله وبيعه ووقفه وهبته، وليس له أن ينميه بالغش[1] والاحتكار[2] والربا[3] ونحو ذلك مما ينافي مبادئ الشريعة وأحكامها والأخلاق

(١) جاء في الحديث الشريف «من غش فليس منا».

(٢) جاء في الحديث الذي رواه مسلم وأبو داود والترمذي: «من احتكر فهو خاطئ» وفي الحديث الذي رواه الإمام أحمد: «من احتكر طعاماً أربعين يوماً برئ من الله وبرئ الله منه».

(٣) قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ ۝ فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾ [البقرة: ٢٧٨ ـ ٢٧٩]. وفي الحديث الذي رواه مسلم: «لعن رسول الله ﷺ آكل الربا وموكله وكاتبه وشاهديه وقال: هم سواء».

التي دعت إليها وأمرت بها. كما ليس له أن يتعسف في استعمال ما يملكه أو يتصرف فيه على نحو مضر بالآخرين، وقد مرت بنا قيود تصرف الجار في ملكه وقصة عمر بن الخطاب وإلزامه محمد بن مسلمة في إمرار الماء في أرضه لسقي أرض الضحاك، وجواز التسعير عند الضرورة.

ثالثاً: ومع احترام الشريعة لملك الإنسان وإبقائه عليه وعدم سلبه إياه، إلا أن الشريعة تبيح نزع الملكية ولو جبراً عن صاحبها تحقيقاً للنفع العام أو دفعاً للضرر بعد دفع التعويض العادل للمالك. فمن ذلك نزع الملكية لتوسيع طريق أو نهر أو توسعة مسجد كما جرى في توسعة المسجد الحرام[1]. ومن صور دفع الضرر تقرير الشفعة، كما سنبينه فيما بعد. وبيع مال المدين وفاء لدينه إذا ماطل بالوفاء مع القدرة على الإيفاء. وإجبار المحتكر على بيع ما عنده بقيمة المثل إذا كان في الناس حاجة إلى ما عنده وأبى البيع بأكثر من هذه القيمة.

رابعاً: وفيما يخص الحقوق المفروضة في المال المملوك أوجبت الشريعة فيه حق الزكاة وهو حق مفروض للفقراء ونحوهم ومقداره ٢,٥٪ من الذهب والفضة وقيمة العروض، وبنسب أخرى معينة في الزرع والثمار والحيوانات والمعادن. وهذه المقادير تؤخذ من رأس المال وغلته إذا بلغ النصاب. كما أن لولي الأمر أن يفرض في أموال الأغنياء الضرائب التي تحتاجها الدولة عند الحاجة، كأن يخلو بيت المال وليس فيه ما ينفق منه على الجند ومصالح الدولة ونحو ذلك[2]. أما من جهة الإنفاق فإن الشريعة أمرت بالاعتدال في النفقة والابتعاد عن الترف الماجن المحظور والإسراف فيما لا ينفع، وحببت للموسر سبل الإنفاق في وجوه الخير وعون المحتاجين. وإذا ما قصر الأغنياء في عون الفقراء والمحتاجين فإن للدولة أن تفرض في أموالهم ما يكفي لتحقيق التعاون بين أفراد المجتمع وإقامة العدالة الاجتماعية الإسلامية في المجتمع[3].

---

(١) فتوح البلدان للبلاذري ص ٥٨.

(٢) الاعتصام للشاطبي ج٢ ص ١٠٥، المستصفى للغزالي ج١ ص ٣٠٣ ـ ٣٠٤.

(٣) انظر تفصيل ذلك في كتابنا أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام ص ٢٠٠ ـ ٢٠٧.

ويخلص لنا من جميع ما تقدم أن الملكية في الشريعة الإسلامية وظيفة مودعة إلى المالك من قبل الشريعة نفسها فهي التي أقرت هذا الحق ورسمت حدود استعماله والانتفاع به والتصرف فيه ولم تتركه مطلقاً لصاحبه. وقد هدفت من وراء ذلك كله تحقيق الخير والنفع للمالك نفسه وللجماعة وإقامة مجتمع فاضل قائم على الفضيلة والتعاون النظيف الصادق بعيد عن الأثرة والحسد والتقاطع وإضرار البعض بالبعض الآخر. وهكذا وبهذه القيود على حق الملكية يساهم هذا الحق في تحقيق أغراض الشريعة، والشريعة لا تريد إلا الخير والصلاح للناس أجمعين.

الفصل الثالث

أسباب الملك التام

٢٧٦ ـ للملك التام أسباب يترتب عليها، وقد ذكرها الفقهاء وهي: (أ) الاستيلاء على المال المباح (ب) العقود الناقلة للملكية (ج) الخلفية، أي الميراث.

إلا أن بعض الفقهاء يضيف إلى هذه الأسباب سبباً آخر وهو التولد من المال المملوك كثمر الشجر ونتائج الحيوان فهما لمالك الشجر والحيوان لتولدهما من ملكه. والواقع أن هذا ليس بسبب مستقل وإنما هو ثمرة من ثمرات الملكية، فمن خصائص الملك التام أنه ينصب على ذات الشيء وعلى منفعته معاً. وما ذكروه من التولد من المال المملوك ليس إلا ثمرة من ثمرات الملكية، فمن خصائص الملك التام أنه ينصب على ذات الشيء وعلى الملكية.

ومن الفقهاء من يجعل الشفعة سبباً مستقلاً للملكية[1] وبعضهم يجعلها من جملة العقود الناقلة للملكية ولا يعتبرها سبباً قائماً بذاته[2] ونحن نؤثر اعتبارها سبباً مستقلاً لأننا سنبحثها بشيء من التفصيل. وعلى هذا تكون أسباب الملك التام:

(أولاً) الاستيلاء على المال المباح (ثانياً) العقود الناقلة للملكية كالبيع ونحوه (ثالثاً) الميراث (رابعاً) الشفعة.

---

(١) الشفعة هي حق تملك المال المبيع (أي المشفوع فيه) من مالكه الجديد ولو جبراً عنه بما قام عليه من الثمن، كما سنوضح ذلك فيما بعد.

(٢) من جعلها سبباً مستقلاً نظراً إلى أن الملك يثبت للشفيع بتمسكه بحق الشفعة وطلبه تملك المشفوع فيه، والطلب ليس عقداً ولا استيلاء ولا إرثاً فتكون الشفعة سبباً مستقلاً. ومن اعتبرها من جملة العقود نظر إلى أن الملك لا يثبت بمجرد الطلب، بل يثبت بالتراضي بين الشفيع والمشتري وهذا عقد جديد أو يثبت بقضاء القاضي عند إباء المشتري إجابة طلب الشفيع، وقضاء القاضي بمثابة عقد يقوم به نيابة عن المشتري الممتنع، وفي كلا التصويرين لا تكون الشفعة سبباً مستقلاً وإنما من جملة العقود.

٢٧٧ ـ وهذه الأسباب قد ينظر إليها باعتبارات مختلفة فتقسم إلى تقسيمات مختلفة فمن هذه التقسيمات ما يأتي:

أولاً: أسباب اختيارية وأسباب جبرية:

فالأسباب الاختيارية هي التي تنشأ باختيار الشخص ومحض إرادته وتشمل الاستيلاء على المال المباح والعقود الناقلة للملكية والشفعة إذا طلبها صاحب الحق فيها.

أما الأسباب الجبرية فهي التي تتحقق بجعل من الشارع ولا دخل فيها لإرادة الشخص وهذه هي الميراث. فالميراث خلافة شرعية عن الميت تثبت للوارث عن المورث بجعل من الشارع فهي سبب جبري لا دخل لإرادة الوارث أو المورث فيها، ولهذا يقال: لا يدخل شيء في ملك إنسان جبراً عنه إلا الميراث. وهذه الخلافة إنما تكون في الباقي من تركة الميت بعد تجهيزه وسداد ديونه وتنفيذ ما عساه قد أوصى به.

ثانياً: وأسباب الملكية منها ما هو منشئ لها ومنها ما هو ناقل لها.

فالمنشئ لها هو الذي يوجد الملكية بعد أن لم تكن موجودة أصلاً وهذا هو الاستيلاء على المال المباح. والناقل للملكية لا ينشئها، أي لا يوجدها بعد أن لم تكن وإنما ينقلها فقط من شخص لآخر ويتناول هذا النوع العقود والميراث.

ثالثاً: وتنقسم أسباب الملكية إلى أسباب فعلية وقولية وأسباب تتحقق بلا دخل من الشخص المالك أو الشخص المنقولة إليه الملكية.

فالفعلية هي الاستيلاء على المال المباح ولهذا يصح هذا السبب لإفادة الملكية ممن لا يعتبر قوله كالمجنون والصغير المميز أو غير المميز. فإذا استولى واحد من هؤلاء على المال المباح استيلاء حقيقياً ملكه[1].

والقولية تتحقق بالعقود والشفعة. والأصل في العقود أن تكون بالقول كما سنبينه في فصل العقود إن شاء الله.

(١) الأستاذ علي الخفيف، المرجع السابق، ص ١٥، ومحمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص ٢١٥ ـ ٢١٦.

والثانية تتحقق بالإرث فهو يثبت الملك دون قول أو فعل لا من الوارث ولا من المورث وإنما تثبت بجعل الشارع كما قلنا.

هذا وسنتكلم عن كل سبب في مبحث على حدة موجزين القول عن الميراث والعقود ومفصلين بعض التفصيل عن الاستيلاء والشفعة.

المبحث الأول
الاستيلاء على الأموال المباحة

٢٧٨ ـ يقصد بالاستيلاء حيازة الشيء المباح ووضع اليد عليه. ويتميز هذا السبب بأنه منشئ الملكية وبأنه سبب فعلي لا قولي وبأنه مختص بالأموال المباحة لا المملوكة.

والمراد بالأموال المباحة جميع ما خلقه الله لعباده من مخلوقات في البر أو البحر أو الهواء كالحيوانات في الفلاة والأسماك ونحوها في المياه والطيور في الهواء وكالأشجار النابتة في الجبال والصحارى وكالأرض الموات التي لا يملكها شخص. فكل هذه المخلوقات ونحوها يشترك الناس في الانتفاع بها شركة إباحة لا شركة ملك. ولا تملك إلا بإحرازها ووضع اليد عليها فإذا استولى عليها الإنسان ملكها وحده دون غيره ولم يستطع غيره أن يمتلكها إلا عن طريقه بسبب ناقل للملكية.

والاستيلاء على المال المباح يتنوع بتنوع المال نفسه نظراً لطبيعته ولهذا كانت له الأنواع التالية:

أولاً: الصيد. ثانياً: الاستيلاء على الكلأ والآجام. ثالثاً: الاستيلاء على المعادن والكنوز. رابعاً: إحياء الأرض الموات. ونتكلم عن كل نوع في مطلب على حدة.

المطلب الأول: الصيد

٢٧٩ ـ يطلق الصيد ويراد به الحيوان الممتنع عن الإنسان بفراره في الغابات ونحوها، أو بغوصه في الماء، أو بطيرانه في الهواء. فكل هذه الحيوانات ـ وهي

بهذه الحالة ـ أموال مباحة سواء أكانت مأكولة اللحم أم لا، فإذا خرجت عن امتناعها بأن وقعت في يد الإنسان فإنها لا تسمى عند ذاك صيداً.

ويطلق الصيد أيضاً ويراد به اقتناص الحيوان أي أخذه بشيء من الحيلة والحذق.

٢٨٠ ـ وقد أحل الله الصيد إلا إذا كان الصائد محرماً أو كان الصيد في الحرم(١).

وفي حل الصيد جاءت هذه الآيات الكريمة قال تعالى: ﴿أُحِلَّتْ لَكُم بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنتُمْ حُرُمٌ﴾ [المائدة: ١]، ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾ [المائدة: ٢]، ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ مَتَاعًا لَّكُمْ وَلِلسَّيَّارَةِ وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا﴾ [المائدة: ٩٦]. ﴿يَسْأَلُونَكَ مَاذَا أُحِلَّ لَهُمْ قُلْ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ اللَّهُ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ وَاذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [المائدة: ٤]. ومن هذه الآيات نرى أن صيد البحر حلال دائماً، أما صيد البر فهو حلال في غير الحرم إلا إذا كان الصائد محرماً بحج أو عمرة. كما أن الآية الأخيرة تدل على أن ما تمسكه الحيوانات المدربة على الصيد حلال أكله؛ لأن الشارع اعتبر مسك الصيد من قبل الحيوان المدرب كذكاة له، أي: كالذبح المشروع، إلا أنه يشترط تسمية الله عند إرسال الحيوان المعلم على الصيد أو استعمال آلة الصيد كالبندقية.

٢٨١ ـ ويشترط في الصيد ليكون سبباً للملك أن يتحقق به الاستيلاء؛ والاستيلاء إما حقيقي وإما حكمي.

أولاً: الاستيلاء الحقيقي:

ويكون بإمساك الصيد باليد أو بالاقتراب منه وهو حبيس في المصيدة أو متعلق بها بحيث لو مد الصائد يده إليه لأمسكه. وهذا النوع من الاستيلاء يفيد الملك التام

(١) الحرم منطقة معينة تحيط بالكعبة المشرفة على أبعاد محدودة تتجاوز مكة مذكورة في كتب الفقه، فهذه المنطقة تعتبر حرماً آمناً لمن دخلها من حيوان أو إنسان.

على نحو مستقر دون حاجة إلى نية أو قصد[1]. فإذا انفلت الصيد من المصيدة لم يخرج من ملكية الصائد وعلى من يصيده أن يرده إلى صائده الأول لأنه باستيلائه عليه استيلاء حقيقياً تثبت له ملكيته ثبوتاً مستقراً فلا يزول عنه هذا الملك بفراره منه كما لا تزول ملكية البعير، مثلاً، عن صاحبه إذا شرد منه... وهذا على رأي الجمهور كالحنفية والشافعية[2] أما على رأي المالكية فإنهم يفرقون بين حالتين (الأولى) إذا استأنس الصيد ثم فر بعد ذلك ففي هذه الحالة تبقى ملكيته لصائده وعلى من يمسكه أن يرده عليه إلا إذا ظل فاراً حتى عادت إليه وحشيته وزال استئناسه فهو لمن يمسكه. (الثانية) إذا فر قبل أن يستأنس عند صائده كأن فرَّ حالاً ففي هذه الحالة تزول عنه الملكية ويعود مالاً مباحاً وهو لمن يصيده[3].

ثانياً: الاستيلاء الحكمي:

وهذا يتم باستعمال وسيلة يصير بها الصيد غير ممتنع على الصائد، ويكون ذلك إذا أمكن أخذه بالفعل دون استعمال وسيلة أخرى، وبتعبير آخر يتحقق الاستيلاء الحكمي بتهيئة الصيد لأن يستولي عليه الصائد استيلاء حقيقياً بأخذه فعلاً أو بالتمكن من أخذه فعلاً. فضرب الحيوان بسلاح يجرحه ويمنعه من الفرار، وحفر حفرة يسقط بها الحيوان ولا يستطيع خلاصاً، ونصب شبكة يتعلق بها الصيد ولا يجد مخرجاً منها، كل ذلك ونحوه يتحقق به الاستيلاء الحكمي.

وهذا النوع من الاستيلاء الحكمي يفيد ملكاً غير مستقر، بمعنى أن الصيد إذا تمكن بطريقة ما أن ينفلت من المصيدة قبل أن يستولي عليه الصائد استيلاء حقيقياً فإنه يعود مالاً مباحاً لا ملكية لأحد عليه وهو لمن يصيده. أما إذا تبع الاستيلاء الحكمي استيلاء حقيقي فإن الملكية التامة المستقرة تثبت عليه وفي هذه الحالة إذا فر الصيد فهو لمالكه كما ذكرنا أولاً.

وإنما يثبت الاستيلاء الحكمي وما يتبعه من ملكية غير مستقرة إذا كانت الآلة

---

(١) الأستاذ محمد سلام مدكور، المرجع السابق، ص ٣٠٦.

(٢) البدائع للكاساني ج٦ ص ١٩٣.

(٣) منح الجليل في فقه المالكية ج١ ص ٥٨٥.

معدة للصيد واستعملها الصائد لهذا الغرض أو بدون قصد آخر غير الصيد. أما إذا استعملها بغير قصد الصيد كما لو نشر الصائد شبكته لتجفيفها فإنها في هذه الحالة لا تصلح سبباً للاستيلاء الحكمي فلو تعلق بها صيد لم يملكه ناشر الشبكة وهو لمن يمسكه ويستولي عليه استيلاء حقيقياً سواء أكان الماسك ناشر الشبكة أو غيره. أما إذا كانت الآلة غير معدة للصيد فيشترط فيها أن تستعمل بقصد الصيد حتى يتملك مستعملها ما يتعلق بها من صيد. أما إذا لم يستعملها بهذا القصد فالصيد لمن يستولي عليه. فإذا استعملها بهذا القصد وتعلق بها صيد ملكه ملكية غير مستقرة فإذا فر عاد مالاً مباحاً. ولكن إذا مسكه إنسان وهو في المصيدة ونازعه مستعمل الآلة فهو لواضع الآلة؛ لأن بها خرج الصيد عن امتناعه وهو في سبيل الاستيلاء عليه حقيقية[1].

المطلب الثاني: الكلأ والآجام

٢٨٢ ـ الكلأ هو الحشائش التي تنبت في الأرض؛ فإن كانت الأرض غير مملوكة فهو على الإباحة وإن كانت مملوكة فهو على الإباحة أيضاً إن لم يتعهده صاحب الأرض بالسقي ونحوه من وسائل الإنبات، ولكل واحد أن يستولي عليه وينتفع به، وعلى صاحب الأرض أن لا يمنع المحتاج أن يأخذ حاجته منه إذا لم يجد غيره في أرض غير مملوكة. ويعلل الإمام الكاساني الحنفي ذلك بأن الأرض لا تملك عادة لغرض استغلالها بالكلأ، أي: إن الكلأ غير مقصود عادة من تملك الأرض فيبقى على الإباحة[2].

والواقع أن الحديث الشريف ورد بأن الناس شركاء في ثلاثة: الماء والكلأ والنار. وهذا الحديث بظاهره يفيد أن الكلأ يبقى على الإباحة مطلقاً سواء نبت في أرض مملوكة أو غير مملوكة، بعمل من صاحب الأرض أو بغير عمله. وهذا ما ذكره الفقهاء كالإمام الكاساني الحنفي[3]. إلا أن الإمام أبا عبيد القاسم بن سلام

---

(١) الأستاذ محمد سلام مدكور، المرجع السابق، ص ٣٠٨.

(٢) الكاساني ج٦ ص ١٩٢.

(٣) الكاساني ج٦ ص ١٩٣.

ذهب إلا أن إباحة الكلأ وشركة الناس فيه إنما هو بالنسبة للنابت في أرض غير مملوكة[1]، فهذا هو معنى الحديث عنده. أما إذا نبت الكلأ في أرض مملوكة ولو بدون عمل من صاحبها فإن الكلأ يكون لصاحب الأرض، ولكن لا يطيب له منه إلا بمقدار حاجته، ولا يحل له أن يمنع أحداً من الانتفاع الزائد عن حاجته. ويحتج ابن سلام لقوله بحديث آخر فيه: «لا يمنع فضل الماء ليمنع به فضل الكلأ»[2]. وما ذهب إليه هذا الإمام هو ما نرجحه.

أما الآجام فهي الأشجار الملتفة، وحكمها أنها تكون مباحة إذ وجدت في أرض غير مملوكة. أما إذا كانت في أرض مملوكة فهي لصاحب الأرض، ولا يجوز لأحد الانتفاع بها بدون إذن صاحبها. وإنما فارقت الكلأ في الحكم؛ لأن الأرض تمتلك لاستثمارها بما ينبت فيها من أشجار ولا تمتلك لاستثمارها بالكلأ عادة فافترق الحكم بينهما[3].

المطلب الثالث: المعادن والكنوز

٢٨٣ ـ المعادن أو كما يسميها الفقهاء بالفِلِزّات ـ هي ما يوجد في باطن الأرض من الأموال كالذهب والفضة والحديد ونحو ذلك لا بفعل الإنسان، ولكن بخلق الله وإيجاده.

والكنز هو ما دفنه الإنسان ونحوه. أو ما اندفن في الأرض بحادث من الحوادث كالخسف أو الزلزال. ويسمى الاثنان ـ أي: المعدن والكنز ـ باسم الركاز، وهذا عند فقهاء العراق كالحنفية[4]. وغيرهم من الفقهاء يفرقون بين الاثنين، فمنهم من يقصر اسم الركاز على المال المدفون في الأرض، أي: الكنز ومنهم من يجعله اسماً للمعدن دون الكنز[5].

---

(١) الأموال لأبي عبيد بن سلام ص ٢٩٧.
(٢) الأموال لأبي عبيد بن سلام ص ٢٩٧ ـ ٣٠٠.
(٣) الخراج لأبي يوسف ١٠٣ ـ ١٠٤، الأستاذ علي الخفيف، المرجع السابق، ص ٢٦.
(٤) المبسوط للسرخسي ج٢ ص ٢١١، الكاساني ج٢ ص ٦٥، الزيلعي ج١ ص ٢٨٧ ـ ٢٨٨.
(٥) الأموال لابن سلام ص ٣٣٨ ـ ٣٤٠.

٢٨٤ ـ أحكام المعدن:

المعادن ثلاثة أنواع، فهي إما معادن جامدة صلبة تقبل الطرق والسحب كالذهب والفضة، وإما معادن صلبة لا تقبل الطرق والسحب كالماس والياقوت، وإما معادن سائلة كالزئبق والبترول.

وقد اختلف الفقهاء في حكم هذه المعادن ونحن نوجز القول في بيان آرائهم.

أولاً: عند المالكية[1]: تعتبر هذه المعادن بأنواعها ملكاً لعموم المسلمين أي للدولة سواء وجدت في أرض مملوكة أو غير مملوكة، وللدولة أن تتصرف فيها كما تشاء بما يحقق المصلحة العامة للمسلمين لأنها ملكهم، وما الدولة إلا نائبة عنهم في التصرف فيها بما يعود عليهم بالنفع فلها أن تقطعها لفرد أو شركة لمدة معينة بأجر معلوم على سبيل الانتفاع والاستغلال لا على سبيل التمليك إذ لا يجوز للدولة أن تملكها لأحد. ويعلل المالكية هذا الرأي بأن المسلمين (الدولة) ملكوا هذه المعادن يوم استولوا عليها باستيلائهم على الأرض فتبقى هذه الملكية للدولة وإن وزعت هذه الأراضي على الغانمين أو صارت لغيرهم. لأن من يملك هذه الأرض يملك ظاهرها فقط باعتبار أن الأرض إنما تملك عادة بقصد استغلالها بالزراعة والعمارة فلا يكون المقصود من تملكها تملك ما فيها من معادن باطنة. وعلى هذا تبق ملكية الدولة لهذه المعادن كما كانت أولاً. وعلى هذا التصوير المالكي لا يكون الاستيلاء على المعادن من أسباب الملكية حتى ولو كان المعدن في أرض مملوكة.

ثانياً: وعند الحنفية، تعتبر هذه المعادن تابعة للأرض فتأخذ حكمها فإن كانت في أرض مملوكة فهي لمالك الأرض وإن كان في أرض مباحة فهي مباحة وتكون لواجدها أي لمن يستولي عليها ويحوزها. وحجة هذا الرأي أن المعادن جزء من الأرض والجزء يأخذ حكم الكل (أي الأرض) فإذا كان مملوكاً كان جزؤه (أي

---

(١) الشرح الصغير للدردير ج١ ص ٣٥٩ وما بعده، والأستاذ محمد سلام مدكور، المرجع السابق، ص ٣١١.

المعدن) مملوكاً، وإذا كان الكل غير مملوك فالجزء مثله في الحكم أي غير مملوك[1]. وعلى هذا التصوير للمسألة يكون الاستيلاء على المعادن الموجودة في الأرض المباحة من أسباب الملكية.

ثالثاً: وهناك رأي ثالث بين الرأيين الأولين فهو تارة يميل إلى الرأي الأول، وطوراً يتجه ويأخذ بالرأي الثاني. فالحنابلة مثلاً يرون أن المعادن في الأرض المباحة إن كانت من المعادن الظاهرة التي يمكن الوصول إليها بلا كلفة ولا مؤونة أو بشيء يسير من المؤونة فإنها لا تملك بالاستيلاء عليها وإن كانت أرضها مباحة، لتعلق حق الكافة في الانتفاع بها، ولا يجوز للدولة أن تملكها لأحد أو تقطعها لأحد من الناس وإنما عليها أن تتعهدها وتقوم عليها بالنحو الذي يحقق النفع للجميع. أما المعادن التي لا يمكن التوصل إليها إلا بكلفة وجهد فالقول الظاهر في المذهب الحنبلي ـ وهو ظاهر مذهب الشافعي ـ لا تملك أيضاً بالاستيلاء عليها، وهناك قول في المذهب الشافعي يحتمله المذهب الحنبلي أيضاً أنها تملك بالاستيلاء عليها، هذا كله إذا كانت الأرض غير مملوكة، أما إذا كانت الأرض مملوكة فيفرق الحنابلة بين المعادن الجامدة والسائلة، فالأولى تكون لمالك الأرض؛ لأنه ملك الأرض بجميع أجزائها وطبقاتها والمعدن الجامد يعتبر جزءًا منها، أما المعادن السائلة كالقار والنفط ففي المذهب الحنبلي رأيان أظهرهما لا تملك لقول النبي ﷺ: «الناس شركاء في ثلاثة: الماء والكلأ والنار» ولأن هذه المعادن لا تعتبر كجزء من الأرض فلا تملك تبعاً للأرض. والرأي الثاني في المذهب أن صاحب الأرض يملكها؛ لأنها أرضه المملوكة له فأشبهت الزرع والمعادن الجامدة[2].

والراجح من هذه الآراء ما ذهب إليه المالكية لما في هذا الرأي من تحقيق مصلحة عامة، ولأن في تعليلهم لرأيهم قوة ووجاهة تدعو إلى ترجيحه على غيره لا

---

(١) محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص ٢١٦.

(٢) المغني لابن قدامة ج٥ ص ٥٢٠ ـ ٥٢٢.

سيما إذا استحضرنا ما قلناه من أن الملكية في الشريعة تبدو كأنها وظيفة مودعة لدى المالك لتحقيق غرض معين هو النفع العام للجميع وبضمنهم المالك نفسه.

٢٨٥ ـ هذا وإن الحنفية مع قولهم الذي ذكرناه عنهم جعلوا لبيت المال حقاً في المعدن فأوجبوا فيه الخمس إن كان من المعادن الصلبة التي تقبل الطرق (أي: النوع الأول) ولم يوجبوا في النوعين الآخرين شيئاً للدولة. وحجتهم في ذلك أن الحديث الشريف ورد فيه: «.. وفي الركاز الخمس» والركاز عندهم يشمل المعدن والكنز والمراد بالمعدن هنا ما كان من النوع الأول فقط؛ لأن النوعين الآخرين يشبهان أحجار الأرض وأطيانها وماءها وهذه لا يجب فيها شيء للدولة فكذا ما يشبهها. فيكون المراد (بالركاز) في الحديث الكنز والنوع الأول من المعادن دون غيرها. وهذا الخمس يثبت للدولة سواء وجد في أرض مملوكة أو غير مملوكة على رأي أبي يوسف ومحمد، وعلى رأي أبي حنيفة يثبت إذا كان في أرض غير مملوكة فقط، فإن كان في مملوكة فلا شيء للدولة. أما الباقي فهو لواجده إن كان في أرض غير مملوكة، ولمالك الأرض إن كان في أرض مملوكة. وإن كان المعدن من النوعين الآخرين فكله للواجد أو لمالك الأرض.

أما غير الحنفية من أصحاب الرأي الثالث فلا يرون في المعدن شيئاً للدولة وإنما قالوا: يجب فيه الزكاة إن بلغ نصاباً. وحجتهم أن (الركاز) الوارد في الحديث مصروف إلى المال المدفون، أي: الكنز، فليس المقصود به المعدن.

٢٨٦ ـ أما معادن البحر كاللؤلؤ والمرجان فعند أبي يوسف ومن وافقه، فيها الخمس لبيت المال والباقي لمن استولى عليه. وحجتهم أن هذه المعادن تأخذ حكم الغنيمة وفيها الخمس لبيت المال. وعند أبي حنيفة ومن وافقه لا يجب في هذه المعادن شيء للدولة وإنما هي لواجدها، أي: لمن يستولي عليها؛ لأن ماء البحار وما فيها مباحة للكافة فمن يستولي على معدنها إنما يستولي على مال مباح فيملكه كله بالاستيلاء ولا يأخذ حكم الغنيمة(١).

---

(١) الخراج لأبي يوسف ص ٧٠. تاريخ التشريع الإسلامي للأستاذ محمد سلام مدكور ص ٣١٢.

٢٨٧ ـ الكنز وحكمه:

قلنا إن الكنز هو ما دفنه الإنسان في باطن الأرض من ذهب وفضة ونحوهما. وهو عند الفقهاء نوعان: كنز إسلامي وكنز جاهلي، ولكل نوع حكم يخصه على النحو الآتي:

أولاً: الكنز الإسلامي: وهو ما فيه علامة أو دلالة على أنه دفن بعد الإسلام كأن تكون عليه كتابات إسلامية، كآية من قرآن، أو تاريخ إسلامي، أو اسم الرسول ﷺ ونحو ذلك.

وحكم هذا النوع أنه باق على ملك صاحبه فلا يكون مالاً مباحاً فلا يملك بالاستيلاء عليه ولا يجب للدولة فيه شيء لا الخمس ولا غيره ويكون حكمه حكم المال الضائع «أي اللقطة» وعلى واجده أن يعرفه[١]، فإن ظهر مالكه دفعه إليه، وإن لم يظهر صاحبه اختلف الفقهاء، فعند أبي حنيفة يتصدق به واجده على الفقراء وله أن ينتفع به إن كان فقيراً. وعند الشافعية والحنابلة إذا لم يظهر صاحبه بعد التعريف والانتظار فلواجده أن يتملكه وينتفع به إلا أنه إذا ظهر صاحبه وجب عليه أن يرده له إن كان موجوداً ويعطيه قيمته إن لم يكن موجوداً. وعند المالكية إذا لم يظهر صاحبه فهو لبيت المال، وإن كان الكنز في أرض فتحها المسلمون قهراً، وإلا فيكون لواجده[٢].

ثانياً: الكنز الجاهلي: وهو ما فيه علامة أو دلالة على أنه دفن قبل الإسلام كما لو وجدت عليه صورة وثن أو اسم حاكم من حكامهم أو عرف ذلك بدليل معقول.

وحكمه أن فيه الخمس لبيت المال أما الباقي فقال البعض إنه لواجده سواء أكان في أرض مملوكة أو غير مملوكة. وقال فريق آخر من الفقهاء إنما يكون الباقي لواجده إذا وجده في أرض غير مملوكة فإن كان قد وجده في أرض مملوكة لغيره

(١) وتعريف اللقطة يكون لمدة سنة وقيل أكثر أو أقل من هذا. وإنما يجب التعريف في المال غير اليسير أما اليسير فلا يجب فيه التعريف واختلف في مقداره فقيل يترك ذلك للعرف وقيل يحدد بمقدار معين كربع دينار: انظر المغني ج٥ ص ٦٣١ ـ ٦٣٤.

(٢) المغني ج٥ ص٦٣٦ وما بعدها. وتاريخ التشريع الإسلامي لأستاذنا محمد سلام مدكور ص ٣١٣.

فلا شيء له ولا لمالك الأرض الحالي، وإنما يكون لأول من ملك الأرض في الإسلام أو لورثته إن وجدوا وعرفوا، فإن لم يكن واحد من هؤلاء فيكون لبيت المال.

المطلب الرابع: إحياء الأرض الموات

٢٨٨ ـ الأرض الموات التي تملك بالإحياء، هي الأرض غير المملوكة لأحد، الخارجة عن العمران ولا يتعلق بها حق أحد ولا ينتفع بها لأي سبب كان. ويترتب على هذا التعريف ما يأتي:

أولاً: الأرض المملوكة لا تكون مواتاً وإن كانت غير منتفع بها بأن تركها صاحبها حتى صارت خربة مهجورة فلا تملك بالإحياء.

ثانياً: الأرض الداخلة في العمران لا تكون مواتاً فلا تملك بالإحياء؛ لأن الشرط أن تكون خارجة عنه.

ثالثاً: الأرض المنتفع بها بأي وجه من وجوه الانتفاع لا تكون مواتاً، كالأرض التي تعلق بها حق ارتفاق للقرية بأن تكون مستودعاً لقمامة القرية أو مسيلاً لمائها أو محتطباً لها أو مرعى لأنعامها أو مناخاً لإبلها ونحو ذلك.

رابعاً: أما بعد الأرض عن العمران فهذا شرط عند بعض الفقهاء كأبي يوسف وأحد القولين في المذهب الحنبلي وليس بشرط عن البعض الآخر من الفقهاء كالشافعي وإحدى الروايتين عن أحمد بن حنبل. ووجهة الرأي الأول أن الأرض إذا كانت قريبة من العمران كانت في مظنة الانتفاع بها لصلاحيتها لهذا الانتفاع فتنزل في الحكم منزلة المنتفع بها فعلاً. أما وجهة الرأي الثاني فهي أن المعتبر في كون الأرض مواتاً أو غير موات هو الانتفاع الفعلي بها وعدمه ولا تأثير لقربها أو بعدها عن العمران. أما حد البعد على رأي مشترطيه فقد اختلفوا فيه وأولى ما قيل فيه تركه للعرف كما هو مذهب الحنابلة والشافعية[1].

٢٨٩ ـ والأرض الموات كما عرفناها مال مباح يملك بالاستيلاء عليه إلا أن

---

(١) الأحكام السلطانية للماوردي ص ١٧١، المغني ج٥ ص ٥١٧.

هذا الاستيلاء لا يكون بوضع اليد فقط، بل بإحياء الأرض كما جاء في الحديث الشريف: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له» فعلق التملك بالإحياء؛ لأنه مظهر الاستيلاء. والإحياء يكون بالقيام بعمل يجعل الأرض صالحة للانتفاع بها بالزراعة أو غيرها، أي: إن إحياء كل أرض يكون بتهيئتها للانتفاع الملائم لها، وذلك بإزالة المانع من تحصيل هذا الانتفاع. كإيصال الماء إلى الأرض الزراعية بحفر الآبار وشق الترع والجداول وتجفيف الماء إن كانت مغمورة به وإقامة السدود لمنع طغيان الماء وإصلاح التربة وتسميدها وقلع أحجارها وحرثها وجعلها بحال يمكن زرعها، أو إقامة البناء عليها ونحو ذلك من الأعمال التي تجعل الأرض منتفعاً بها. فلا يشترط عمل معين لتحقيق الإحياء، بل كل ما يعده العرف إحياء ويتحقق به الانتفاع من الأرض فهو إحياء، وهذا هو الرأي المقبول وعليه بعض الحنابلة والشافعية ويؤيده الحديث الشريف: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له»، فالإحياء جاء مطلقاً غير مقيد بصفة معينة وما لم يحدده الشرع أو يعينه يصار في تعيينه إلى العرف[1].

٢٩٠ ـ التحجير:

قلنا: إن تملك الموات يكون بالاستيلاء عليها، والاستيلاء لا يكون إلا بإحيائها والإحياء لا يتم إلا بفعل من واضع اليد بجعل الأرض منتفعاً بها. وعلى هذا فما يقوم به مريد الإحياء من أعمال تمهيدية، لا تجعل الأرض منتفعاً بها، لا يعد إحياء كما لو أحاطها بأحجار أو وضع عليها علامات، فهذه الأفعال لا تعتبر إحياء وإنما تدل فقط على سبق وضع اليد عليها وتنبئ عن رغبة واضع اليد في إحيائها. وهذه الأفعال التمهيدية للإحياء هي التي يسميها الفقهاء (بالتحجير). ولا يترتب على التحجير ملك لصاحبه، لأن الملكية تثبت بالإحياء وليس التحجير بإحياء وإنما تمهيد له ليثبت له حق الأولوية بالإحياء فيكون أحق من غيره في إحيائها. وهذا الحق موقوف على ثلاث سنوات، فإن أحياها خلال هذه المدة فهي له وإن لم يحيها، بل أهملها نزعها منه الإمام وأعطاها لغيره؛ لأنه لا يصح إبقاء الأرض معطلة بيد المتحجر لا ينتفع بها ولا يدع غيره ينتفع بها. والأصل في إمهال

---

(١) الأحكام السلطانية للماوردي ص ١٧١، المغني ج٥ ص ٥٣٨ ـ ٥٣٩.

المتحجر هذه المدة ما روي عن النبي ﷺ: «... من أحيا أرضاً ميتة فهي له وليس لمتحجر حق بعد ثلاث سنين». ويروى هذا الأثر منسوباً لعمر بن الخطاب دون النبي ﷺ ولكن يحمل على سماعه منه[(١)].

ولكن نتساءل هنا هل يعتبر حق المتحجر في إمهاله هذه المدة حقاً مانعاً للغير من تملك الأرض بالإحياء، بمعنى أن غيره لو أحياها فعلاً لم يملكها؟ رأيان للفقهاء: فذهب رأي إلى أنه حق أولوية في الإحياء لا يكسب ملكاً وتبقى الأرض لمن يحييها فعلاً، سواء أكان المحيي هو المتحجر أم غيره، وعلى هذا الرأي الشافعية وبعض الحنابلة والحنفية. وذهب رأي آخر إلى أن الأرض لا تملك بالإحياء من قبل الغير في هذه المدة لأن حق المتحجر في الأرض حق مانع للغير من إحيائها وتملكها بهذا السبب. وحجة الرأي الأول أن سبب الملكية الإحياء لا التحجير، فمن قام به ثبت له الملك لأنه مادام المتحجر لم يحيها بعد فهي على الإباحة. وحجة الرأي الثاني ما روي عن النبي ﷺ: «من أحيا أرضاً ميتة في حق غير مسلم فهي له» وما روي عنه ﷺ: «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به»[(٢)]. فهذا يدل على أن حق المتحجر في الأرض مانع للغير من تملكها بالإحياء طيلة المدة المقررة له وهي ثلاث سنوات.

٢٩١ ـ إذن الإمام بالإحياء:

قلنا إن إحياء الأرض سبب لتملك الأرض الموات. ولكن هل يشترط فيه إذن الإمام (الحكومة) أم لا؟ ذهب فريق من الفقهاء إلى أن إذن الإمام بالإحياء شرط لتملك الأرض. فلو أحياها بدون إذن الإمام لم يملكها، وعلى هذا الرأي أبو حنيفة والجعفرية على ما يذكره الطوسي عنهم. وذهب فريق آخر إلى أنه ليس بشرط، فالموات تصير ملكاً لمن يحييها سواء كان الإحياء بإذن الإمام أو بغير إذنه، وعلى هذا الرأي الشافعي وأحمد ابن حنبل وأبو يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني. احتج الأولون بأن الإحياء بدون إذن الإمام قد يدعو إلى الخصام والنزاع فلا بد من

(١) الأموال لابن سلام ص ٢٩٠، والخراج لأبي يوسف ص ٦١، ٦٥.

(٢) المغني ج٥ ص ٥١٩، الأحكام السلطانية للماوردي ص ١٧٢، فتح القدير ج٨ ص ١٣٩.

الإذن لدفع هذا الفساد. كما احتجوا برواية عن النبي ﷺ: «ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه» وإنما تطيب نفسه إذا أذن له. واحتج الآخرون بعموم الحديث: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له» وليس فيه شرط الإذن من الإمام فلا يصح اشتراطه[١]. والظاهر من هذا الخلاف أن إذن الإمام ليس بشرط لعدم وروده في الحديث: من أحيا أرضاً... الخ، وهو حديث أصح سنداً من الأول. إلا أنه إذا كان هناك تنازع أو ضرر فيبدو أن الإذن يلزم في هذه الحالة عملاً بحديث: «وليس لعرق ظالم حق»[٢].

٢٩٢ ـ حكم الأرض بعد تركها أو تعطيلها:

إذا أحيا شخص أرضاً مواتاً فتملكها ثم هجرها وعطلها حتى عادت مواتاً فهل تزول عنه ملكيتها وتعود مالاً مباحاً أم تبقى ملكاً له؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة. وجملة القول فيها إن الأرض إن كانت لمعين فهي تبقى على ملك صاحبها فلا تملك بالإحياء وهذا قول الحنابلة والشافعي وأبي حنيفة. وقال مالك، بل تصير مالاً مباحاً فتملك بالإحياء. احتج الأولون بأن الإحياء لا يجري في الأرض المملوكة وهذه أرض مملوكة ثبت ملكها بسبب مشروع فلا يزول عنها الملك بالترك والتعطيل كسائر الأملاك الثابتة بالشراء. واحتج الإمام مالك بعموم الحديث: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له» وهذه أرض ميتة حقيقة فيجري فيها الإحياء، وبأن أصل هذه الأرض مال مباح تملكها صاحبها بالإحياء لينتفع بها وينتفع الآخرون بإحيائها فإذا عطلها عادت إلى حالتها الأولى من الإباحة كمن يأخذ ماء من نهر ثم يرده إليه فإنه يعود مباحاً.

أما إذا كانت الأرض لغير معين أي غير معروف ففي المذهب الحنبلي قولان: الأول أنها لا تصير مالاً مباحاً فلا تملك بالإحياء، وهذا قول الشافعي أيضاً. وعلى هذا فإنها تكون لبيت المال إرثاً. والقول الثاني في المذهب الحنبلي إنها تعود مالاً

---

(١) المغني ج٥ ص ٥٤٣، الماوردي ص ١٧١، الخلاف للطوسي ج٣ ص ٢٢٢، والخراج لأبي يوسف ص ٦٤.

(٢) وهذا رأي الإمام أبي يوسف الذي ذكره في كتابه الخراج ص ٦٤.

مباحاً فتملك بالإحياء تشبيهاً لها بالموات التي لم يجر عليها ملك وبأن هذه الأرض لا حق لأحد معين فيها، وهذا قول الإمام مالك وأبي حنيفة[١].

المبحث الثاني
العقود الناقلة للملكية

٢٩٣ ـ وهذه العقود كثيرة منها البيع والهبة والوصية بالأعيان ونحو ذلك، وهذا النوع من أسباب الملكية يجري في الأموال المتقومة فلا يكون في الأموال المباحة مثلاً ولا فيما لا يجوز الانتفاع به. فالمال المباح لا يباع ولا يوهب لأنه ليس بمملوك للبائع ولا للواهب. والخمر لا ترد عليها هذه العقود الناقلة للملكية بين المسلمين أما بين الذميين (أي غير المسلمين) فإن العقد يرد عليها ويظهر أثره فتنتقل ملكية الخمر من مالكها إلى الآخر. وعلى هذا إذا كان المال متقوماً صح أن تنتقل ملكيته من شخص لآخر بعقد من هذه العقود بناء على تراضي الطرفين[٢]، كمن يهب سيارته لآخر ويقبل الموهوب له الهبة أو كمن يتزوج امرأة على هذه السيارة مثلاً، فبتمام الإيجاب والقبول تنتقل ملكية السيارة إلى المرأة، وكما لو تراضى الزوجان على الخلع نظير مال معين معلوم فإنه يصير ملكاً للزوج بتمام عقد الخلع. وهكذا. وسيأتي تفصيل القول عن العقود وأنواعها فيما بعد.

المبحث الثالث
الميراث

٢٩٤ ـ الميراث خلافة جبرية بحكم الشارع لا دخل فيها لإرادة الإنسان. وبهذا السبب الشرعي تثبت خلافة الوارث للمورث فيما يملكه فيحل محله فيما كان له من

---

(١) المغني ج٥ ص ٥١٣ ـ ٥١٥. ويلاحظ هنا أن في زوال ملكية الأرض بتعطيلها بعد تملكها بالإحياء دلالة على ما قلناه في أول هذا المبحث من أن الملكية في الفقه الإسلامي تبدو وكأنها وظيفة يراد بها تحقيق النفع العام ونفع المالك نفسه.

(٢) وهناك حالات ينزع فيها الملك جبراً عن صاحبه كما في نزع الملك للمنفعة العامة كتوسيع طريق، وكما في بيع ملك جبراً عنه وفاء لدينه.

أموال وحقوق مالية في لحظة وفاته. فتنتقل تركة الميت إلى ورثته الشرعيين بنسبة سهامهم المقدرة شرعاً دون إيجاب أو قبول سواء أكانت تركة الميت منقولاً أو عقارات. وتكون ملكية الوارث لهذه التركة بعد سداد ما عليها من ديون وبعد تنفيذ وصايا الميت في حدود ثلث التركة وفيما زاد على الثلث إذا أجازه الورثة. فإن لم يكن للميت وارث وضعت التركة في بيت المال، أما على اعتبار أنها إرث أو على اعتبار أنها مال لا مالك له، على اختلاف بين الفقهاء ليس هنا محل تفصيله.

المبحث الرابع

الشفعة

٢٩٥ ـ الشفعة في اصطلاح جمهور الفقهاء هي حق تملك العقار المبيع من مشتريه ولو جبراً عليه بالثمن الذي اشتراه مع المصاريف[1].

فلو باع إنسان داره إلى غير جاره فإن للجار أن يتملك المبيع من مشتريه ولو بدون رضاه بالثمن الذي اشتراه به مضافاً إليه نفقات الشراء كأجور الدلالة ورسوم التسجيل. وقد سمى الفقهاء هذا النوع من التملك بحق الشفعة وصاحبه بالشفيع والعقار الذي بسببه صار شفيعاً بالمشفوع به والعقار المبيع بالمشفوع فيه.

٢٩٦ ـ ومشروعية الشفعة ثبتت بالسنة النبوية من ذلك: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة». وفي صحيح مسلم: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم: ربعة أو حائط، لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك، فإذا باع ولم يؤذن فهو أحق به». وفي حديث آخر: «الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً» وفي حديث آخر: «جار الدار أحق بالدار». «الجار أحق بصقبه»[2].

---

(١) وقد عرف القانون المدني العراقي الشفعة بما يقرب من التعريف الذي ذكرناه، انظر المادة ١١٢٨.

(٢) انظر تيسير الوصول إلى جامع الأصول في حديث الرسول ج١ ص ٧٦.

ومعنى: ربعة أي دار. ومعنى حائط أي بستان. ومعنى الصقب أي القرب في الجوار.

فهذه الأحاديث وغيرها تدل على مشروعية الشفعة وأنها حق مقرر لمن تحقق فيه سبب الشفعة كالشركة والجوار.

أما الغرض من تشريعها أو حكمة تشريعها فهو دفع الضرر المتوقع عن الشفيع من المشتري الجديد. كما أن فيها تهيئة الفرصة للشريك لأن يصفو له الملك وينفرد به وينجو من ضيق الشركة بتملكه حصة شريكه.

وقد يعترض على تشريعها باعتراضين: (الأول) أنها خلاف القاعدة الرضائية في العقود، وهذه القاعدة قطعية نصت عليها الشريعة. فالأصل في العقود التراضي والشفعة تناقض هذا الأصل، لأن الشفيع يأخذ المبيع جبراً على مشتريه، مع أن البيع يجب أن يتم برضا الطرفين. (الثاني) أن في الشفعة ضرراً على المشتري بتفويت ما كان يرجوه من نفع بشرائه العقار المشفوع فيه فكيف يدفع الضرر عن الشفيع بإضرار المشتري؟

ولكن يمكن الرد على الاعتراض الأول بأن الشفعة إذا خالفت قاعدة التراضي في العقود فقد وافقت على قاعدة دفع الضرر عن الغير. قال عليه الصلاة والسلام: «لا ضرر ولا ضرار». ويرد على الاعتراض الثاني بأن دفع الضرر عن الشفيع أولى من تحصيل نفع مرجو للمشتري عملاً بقاعدة دفع المفاسد أولى من جلب المنافع، فضلاً عن أن الشفيع أحق بالمشفوع فيه من المشتري بنص الشارع ومن كان أحق من غيره في شيء فمصلحته فيه أولى بالرعاية من مصلحة ذلك الغير.

وعلى هذا فالشفعة نظام قانوني سليم شرعاً وعقلاً وهو من جملة الأنظمة التي امتازت بها الشريعة الإسلامية وهي لا تمتاز إلا بالأفضل وبما هو خير. وقد أخذ القانون المدني العراقي بنظام الشفعة واستقى أحكامه من مختلف المذاهب الإسلامية، وجاء بأحكام جديدة في جملتها لا يضيق بها الفقه الإسلامي، بل تتفق مع روحه. وقد أفرد للشفعة المواد من المادة ١١٢٨ ـ ١١٤٤. وكذلك أخذ القانون المدني المصري بنظام الشفعة وخصص له المواد من المادة ٩٣٥ ـ ٩٤٨. وسنشير إلى بعضها في أثناء كلامنا عن أحكام الشفعة.

٢٩٧ ـ في أي شيء تثبت الشفعة؟

يفهم من التعريف الذي قدمناه للشفعة أنها لا تثبت إلا في العقار وعلى هذا رأي جمهور الفقهاء مع بعض التفصيلات والاختلافات اليسيرة فيما بينهم، وهذا ما أخذ به القانون المدني العراقي وكذا المصري[١]. وقال فقهاء الظاهرية: تثبت حتى في المنقول. ونذكر فيما يلي كلمة موجزة عن هذين الرأيين:

أولاً: رأي الجمهور: وعندهم لا تثبت الشفعة إلا في العقار، كما قلنا، وهي الأرض وما اتصل بها من بناء أو غراس إذا بيع مع الأرض فإنه يؤخذ بالشفعة تبعاً للأرض. ومثل البناء والغراس في تبعيته للأرض ما يعتبر من لوازم وتوابع العقار عادة كأسلاك الكهرباء وأنابيب الماء وأقفال الأبواب ومفاتيحها، فهذه الأشياء تدخل في الشفعة تبعاً للعقار. أما الزرع إذا بيع مع الأرض فعلى مذهب أبي حنيفة ومالك تجري فيه الشفعة خلافاً للشافعي والحنابلة والجعفرية[٢].

والجمهور مع اتفاقهم على جريان الشفعة في العقار المبيع الذي يقبل القسمة، اختلفوا في العقار الذي لا يقبل القسمة. فذهب الحنيفة والثوري وهو أحد القولين في مذهب مالك وأحمد ابن حنبل إلى أن الشفعة تجري فيه خلافاً للشافعي والجعفرية[٣].

احتج الجمهور لرأيهم، في قصر موضوع الشفعة على العقار، ببعض الأحاديث التي رأوها دالة على ما ذهبوا إليه. ومنها ما ذكروه في مشروعية الشفعة. وأما في اختلافهم في جريان الشفعة فيما لا يقبل القسمة، فقد احتج كل فريق منهم ببعض الآثار وبالحكمة من تشريع الشفعة. فقد احتج المانعون بما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا شفعة في بئر». وبأن الذي لا ينقسم لا يسبب للشريك ضرراً لأن المشتري لا يستطيع طلب قسمته ولا يضطر الشريك إلى إحداث مرافق خاصة به.

---

(١) انظر المادة ١١٣٣ من القانون المدني العراقي، والمادة ٩٣٥ من القانون المدني المصري.

(٢) الخلاف للطوسي ج٢ ص ١٨٠، المغني ج٢ ص ٢٨٧. ويلاحظ هنا أن العقار إذا بيع مع منقول ليس من لوازمه وتوابعه كبيع دار مع سيارة فإن الشفعة تثبت في الدار فقط دون السيارة.

(٣) العقار القابل للقسمة هو ما يمكن الانتفاع بكل قسم منه بعد القسمة الانتفاع الذي كان قبلها وإلا لم يكن قابلاً للقسمة.

واحتج المجيزون للشفعة فيما لا ينقسم بعموم قوله عليه الصلاة والسلام: «الشفعة فيما لم يقسم» وبأن الضرر هنا أكبر من الضرر فيما ينقسم[١]. وهذا هو الراجح.

ثانياً: مذهب الظاهرية: وعندهم تثبت الشفعة في العقار كما تثبت في المنقول سواء أكان العقار قابلاً للقسمة أم غير قابل لها وسواء أكان المنقول متصلاً بالعقار أم منفصلاً عنه. وسواء بيع مع العقار أو بيع مستقلاً عنه[٢]. وعن أحمد ابن حنبل رواية توافق مذهب الظاهرية وقد نصرها ابن القيم بالمنقول والمعقول. كما إن في مذهب مالك توسعاً في موضوع الشفعة فقد أجاز الشفعة في السفينة وبعض المنقولات الأخرى كالخضراوات والزروع إذا بيعت مستقلة[٣].

احتج الظاهرية ببعض الأحاديث مثل الحديث الذي رواه ابن أبي مليكه أن الرسول ﷺ: «قضى بالشفعة في كل شيء». كما أنهم ردوا على الجمهور بأن الشفعة إذا كان مبناها دفع الضرر عن الشفيع فهذه العلة موجودة في المنقول كما هي موجودة في العقار، وموجودة فيما لا ينقسم كوجودها فيما ينقسم، بل هي فيما لا ينقسم أشد ضرراً.

والراجح من القولين قول الظاهرية لأن حجتهم أقوى ونظرهم أسد، أما ما احتج به الجمهور فلا ينهض حجة لما ذهبوا إليه، فالأحاديث التي ذكروها ليست صريحة في الدلالة على المنع من الشفعة في المنقول فيكون القول بجريان الشفعة فيه هو الموافق للقياس فضلاً عن الأحاديث الدالة بعمومها على أن الشفعة تكون في المنقول والعقار على حد سواء.

٢٩٨ ـ سبب استحقاق الشفعة:

يرى جمهور الفقهاء وهم الشافعية والمالكية والحنابلة والجعفرية والظاهرية أن

---

(١) المغني ج٢ ص٢٨٩ وما بعدها.

(٢) المحلى ج٩ المسألة رقم ١٥٩٤.

(٣) المغني ج٥ ص ٢٨٨ أعلام الموقعين ج٢ ص ٨٧، الشرح الصغير للدردير ج٢ ص ٢٥٢.

سبب استحقاق الشفعة هو الشركة في ذات العقار المبيع. ويزيد الظاهرية على هذا الشركة في المنقول أيضاً كما قلنا. ويزيد الجعفرية الشركة في حق المرور في الطريق الخاص. وعلى هذا فالذي له حق الشفعة هو الشريك في ذات المشفوع فيه والشريك في حق الطريق على رأي الجعفرية.

أما الحنفية فعندهم الشفعة تثبت إما بالشركة في ذات العقار المبيعة حصة شائعة منه، أو بالشركة في الحقوق الارتفاقية الخاصة بالعقار المبيع، أو بالجوار الملاصق للعقار المبيع. ونتكلم فيما يلي عن كل سبب على حدة:

أ ـ الشفعة بسبب الشركة في ذات العقار: فإذا كان العقار مشتركاً بين اثنين فأكثر وباع أحد الشركاء حصته الشائعة فللشركاء الآخرين جميعاً حق الشفعة في الحصة المبيعة. فإن كان مشتريها أحد الشركاء اشترك معه فيها الشركاء الآخرون ما عدا البائع، وإن كان مشتريها أجنبياً اشترك فيها جميع الشركاء عدا الشريك البائع.

ب ـ الشركة في الحقوق الارتفاقية الخاصة بالعقار المبيع: ويقصد بها حق الشرب الخاص وحق الطريق الخاص وحق المسيل الخاص. والشرب الخاص هو ما يحصى عدد الشركاء فيه، واختلف في هذا العدد، والراجح أن كون الشرب خاصاً أو غير خاص متروك لرأي القاضي مستهدياً بالعرف القائم. أما الطريق الخاص فهو الطريق الذي يكون لأصحابه الحق في منع غيرهم من المرور فيه سواء أكان نافذاً أو غير نافذ. والقول في المسيل الخاص ما قيل في الشرب الخاص.

وعلى هذا فلا تثبت الشفعة بسب الاشتراك في حق الشرب العام كالشرب من نهر دجلة، ولا بالاشتراك بحق المرور في طريق عام، ولا بسبب الاشتراك في مسيل عام.

ج ـ الشفعة بسبب الجوار: ونعني بالجوار هنا الملاصق للعقار المبيع فيستحق الشفعة كل جار عقاره يلاصق العقار المبيع بأي نوع من أنواع الملاصقة، أي سواء أكانت الملاصقة بجميع حدود العقار المبيع أو ببعضها أو بجزء من حد منها، فجميع الملاصقين بأي صفة كانت ملاصقتهم سواء في استحقاق الشفعة ولا امتياز لأحد منهم على الآخر. ومن الجوار الملاصق اتصال العلو بالسفل، فلصاحب كل منهما حق الشفعة في ملك الآخر.

وعلى هذا فالشفعة عند الحنفية يستحقها: (أ) الشريك في ذات العقار الشائع. (ب) الشريك في حق ارتفاق للعقار المبيع ويسمى الشريك هنا بالخليط. (ج) والجار الملاصق.

٢٩٩ ـ مراتب الشفعاء عند الحنفية:

ليس الشفعاء في مرتبة واحدة، فالشركاء في ذات العقار هم في المرتبة الأولى ويقدمون على سواهم، لأن العبرة في تقديم شفيع على آخر إنما هي بقوة السبب، والشركة أقوى أسباب الشفعة لأن الشريك شريك في كل ذرة من ذرات العقار. وهم سواء في استحقاق الشفعة وإن امتاز بعضهم على بعض بسبب آخر من أسباب الشفعة كأن يكون أحدهم خليطاً زيادة على كونه شريكاً، لأن العبرة بقوة السبب لا بتعدد أسباب الشفعة، فإذا استووا في السبب القوي استووا في استحقاق الشفعة. فإن لم يوجد واحد من الشركاء فالشفعة للخلطاء ويعتبرون في مرتبة واحدة بالنسبة لغيرهم ولكنهم على مراتب فيما بينهم، فيقدم الشريك في الشرب الخاص على الشريك في الطريق الخاص، ويقدم الشريك في الطريق الخاص على الشريك في المسيل الخاص، ولا عبرة بامتياز بعضهم على بعض بسبب آخر كأن يكون أحدهم ملاصقاً مع كونه خليطاً. فإذا لم يوجد واحد من الخلطاء فالشفعة للمجاورين الملاصقين لا فرق بين جار وآخر ولا امتياز لواحد على آخر بطول التلاصق أو قصره ولا بكون جواره أفقياً أو رأسياً.

٣٠٠ ـ تزاحم الشفعاء:

إذا كان المستحق للشفعة واحداً وطلبها فهي له وإن كان المستحقون أكثر من واحد ولم يطلبها إلا واحد فهي للطالب دون غيره وإذا طلبها أكثر من واحد ففي هذه الحالة صورتان:

الصورة الأولى: إذا كانوا من مرتبة واحدة: فعند الحنفية الشفعة لهم جميعاً ويقسم المشفوع فيه بينهم على عدد رؤوسهم بالسوية بغض النظر عن أي اختلاف فيما بينهم كأن يكونوا شركاء وأنصبتهم مختلفة. أو يكونوا خلطاء في الشرب الخاص وعقاراتهم مختلفة قرباً وبعداً عن المجرى الخاص. أو يكونوا جيراناً

وعقاراتهم الملاصقة مختلفة طولاً وقصراً ومن جانب واحد أو أكثر من جانب واحد.

وعند الشافعية والمالكية والحنابلة إذا طلب الشركاء في ذات العقار المشاع الشفعة في الحصة المبيعة فإن المشفوع فيه يقسم بينهم قسمة تناسبية بنسبة حصصهم بعضها إلى بعض، ولا يقسم عليهم بالسوية بعدد رؤوسهم كما يقول الحنفية. وبقول الحنفية أخذ القانون المدني العراقي إذ جاء في الفقرة الثانية من المادة (١١٣١): وإذا تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة فالاستحقاق بالشفعة يكون بينهم على التساوي. أما القانون المدني المصري فقد أخذ برأي الجمهور فقد جاء في الفقرة الثانية من المادة (٣٩٧): وإذا تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه.

وأساس الخلاف بين القولين يرجع إلى تكييف المسألة ووجهة النظر إليها. فالجمهور يعتبرون الأخذ بالشفعة كغلة المال المشترك وثمرته، فكما أن الغلة تقسم على الشركاء بنسبة حصصهم في المال المشترك فكذلك ما يستحقونه بالشفعة يكون بنسبة حصصهم في المشفوع به. أما الحنفية فيرون أن سبب الاستحقاق واحد ولا أهمية لاختلافهم في السهام في المشفوع به. وحيث إن السبب واحد في الجميع فالكل في الاستحقاق سواء، ألا يرى لو أن أحدهم انفرد لأخذ المشفوع فيه كله فإذا اجتمع مع غيره شاركه في المشفوع فيه على وجه التساوي. أما القياس على تقسيم غلة المال المشترك، كما يقول الجمهور، فهو قياس مع الفارق لأنه لا يصح أن يكون المشفوع فيه ـ وهو ملك الغير ـ ثمرة ملك الشفعاء، لأنهم يستحقون تملك المشفوع فيه بحكم الشارع لا باعتباره ثمرة من ثمرات ملكهم أو متولداً عنه. والشارع أعطاهم هذا الحق بوصفهم شركاء دفعاً للضرر عنهم وهم في هذا الوصف ولزوم دفع الضرر سواء فيقسم بينهم بالسوية. وقول الحنفية هو ما نرجحه.

الصورة الثانية: أن يكونوا من مراتب مختلفة: ففي هذه الصورة يحجب أصحاب المرتبة العليا أصحاب المرتبة الدنيا. فلو طلب الشفعة شريك وخليط وجار ملاصق فالشفعة للأول فإن أسقط حقه فهي للثاني وإن سقط حقه فهي للثالث. ويحتجون بحديث رووه وصح عندهم وهو: «الشريك أحق من الخليط والخليط

أحق من الشفيع» والمقصود بالشريك الشريك في ذات العقار، والخليط الشريك في حق ارتفاق للعقار المشفوع فيه، والشفيع هو الجار. وقال أبو يوسف إذا أسقط الشفعة أصحاب المرتبة العليا فلا يستحقها من بعدهم من أصحاب المرتبات الأخرى لأن مجرد وجود أصحاب المرتبات العليا يحجب أصحاب المراتب الأخرى وإن أسقط أصحاب المرتبة العليا حقهم فيها قياساً على مسائل الميراث، فالابن يحجب الإخوة سواء استحق الميراث أو لم يستحق، ولكن الراجح في المذهب الحنفي وما عليه ظاهر الرواية هو القول الأول لا قول أبي يوسف وهذا ما نرجحه، لأن جميع الشفعاء يستحقون الشفعة وقد انعقد فيهم سبب الاستحقاق وإنما لم يستحق المتأخر لوجود المتقدم فإذا زال المانع أنتج السبب أثره وهو استحقاق الشفيع المتأخر الشفعة. وبهذا الرأي أخذ القانون المدني العراقي[1] وهو المفهوم من القانون المدني المصري[2].

٣٠١ ـ شروط الشفعة:

استحقاق الشفعة يستلزم توافر شروط معينة فإذا فات شرط منها فلا شفعة. وهذه الشروط هي:

أ ـ أن يكون كل من المشفوع فيه والمشفوع به عقاراً.

ب ـ أن يخرج المشفوع فيه من ملك صاحبه خروجاً باتاً وبعوض مالي.

ج ـ بقاء المشفوع به في ملك صاحبه حتى تتم الشفعة.

د ـ عدم رضا الشفيع بالبيع.

٣٠٢ ـ أولاً: أن يكون المشفوع فيه والمشفوع به عقاراً:

وهذا على رأي الجمهور، أما عند الظاهرية فليس هذا بشرط لأن الشفعة تجري عندهم في المنقول كما تجري في العقار.

---

(١) انظر المادة ١١٣٦ الفقرة الأولى.

(٢) انظر المادة ٩٤٨ فقد جاء فيها: يسقط الحق في الأخذ بالشفعة إذا تنازل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة ولو قبل المبيع.

وقد بينا من قبل المقصود بالعقار وما تجري فيه الشفعة وما يتبعه من منقول فلا نعيده هنا. هذا وإن الحنفية ألحقوا العلو بالعقار فأثبتوا فيه الشفعة[1] لصاحب السفل كما أثبتوا به الشفعة إذا بيع السفل. وذهب محمد بن الحسن إلى ثبوت الشفعة لصاحب العلو حتى لو بقي له مجرد حق التعلي بأن تهدم بناؤه[2].

٣٠٣ ـ ثانياً: خروج المشفوع فيه من ملك صاحبه بصورة نهائية وبعوض مالي:

وعلى هذا فالبيع الفاسد ولو تبعه قبض المشتري للمبيع لا يترتب عليه استحقاق الشفعة لأن الواجب في البيع الفاسد فسخه لا بقاؤه إلا إذا عمل المشتري فيه ما يتعذر معه رده إلى بائعه كأن يزيد فيه زيادة لا يمكن فصلها عنه أو يقفه أو يهبه ففي هذه الأحوال يلزم البيع وتصح فيه الشفعة ويتملكه الشفيع بالقيمة لا بالثمن[3]. وكذلك لا شفعة في البيع بشرط الخيار للبائع طيلة مدة الخيار فإذا مضت دون فسخ تم البيع وثبتت فيه الشفعة أما لو كان الخيار للمشتري فلا يمنع من حق الشفعة؛ لأن الخروج أصبح نهائياً بالنسبة للبائع وهذا ما يتوقف عليه حق الشفعة[4].

ولا بد أن يخرج المشفوع فيه من ملك صاحبه بعوض مالي، مثلياً كان هذا العوض أو قيمياً، كما لو بيع المشفوع فيه بمئة طن من الحنطة أو بألف أو بالدار الفلانية ففي هذه الأحوال تثبت الشفعة للشفيع على أن يدفع المثل كما في الحنطة والدنانير ويدفع القيمة كما في الدار.

أما إذا خرج المشفوع فيه من ملك صاحبه بدون عوض أو بعوض غير مالي فقد اختلف الفقهاء، ونجمل فيما يلي خلاصة أقوالهم:

أ ـ إذا كان الخروج بلا عوض أصلاً كما في الهبة بغير شرط العوض، وكالوقف والوصية والميراث ففي هذه الأحوال لا شفعة في قول عامة العلماء. ولكن روي عن مالك أن الشفعة تثبت فيها عدا حالة الميراث، ويتملك الشفيع المشفوع فيه

---

(١) المبسوط ج١٤ ص ١٣٢ الفتاوى الهندية ج٥ ص١٦٦.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المبسوط ج١٤ ص ١٤٩.

(٤) الكاساني ج٥ ص ١٣، الزيلعي ج٥ ص ٢٤٢، الشرح الصغير للدردير ج٢ ص ٢٥٣.

بقيمته وهذا قول ابن أبي ليلى أيضاً وهو الفقيه الكوفي المشهور. والحجة لهذا الرأي أن الشفعة تثبت لإزالة الضرر عن الشفيع والضرر قائم في هذه الأحوال فتثبت الشفعة. أما الجمهور فيحتجون بأن الشفيع يأخذه تبرعاً أو بالقيمة أو بالمثل، فضلاً عن أن إباحة الشفعة في هذه الحالة تؤدي إلى إحجام الناس عن فعل الخير والمعروف[١]. وبقول الجمهور أخذ القانون المدني[٢].

ب ـ إذا كان الخروج بعوض غير مالي كما لو جعل المشفوع فيه مهراً للزوجة، أو عوضاً في الخلع، أو بدلاً في صلح عن دم القتيل، أو بدلاً عن منفعة، كخدمات طبيب، أو أتعاب محام، أو عمل عامل.. فهل تثبت الشفعة في هذه الصور أم لا؟ ذهب الحنفية وأحمد ابن حنبل في ظاهر مذهبه والإمام الشعبي إلى المنع من الشفعة لأن الشفيع يتملك المشفوع فيه بمثل ما تملك به المشتري أو بقيمته ولا سبيل لهذا في هذه الأحوال؛ لأن العوض فيها ليس بمال فلا مثل له ولا قيمة.

وقال مالك وابن أبي ليلى والشافعي: تجب الشفعة. واختلفوا بم يأخذ الشفيع؟ قال الشافعي: يتملكه بقيمة البدل وهو مهر المثل في حالة جعل العقار مهراً للمرأة أو بدلاً عن خلعها ودية القتيل في حالة جعل العقار بدل الصلح عن دمه وأجر مثل الطبيب أو المحامي أو العامل في حالة جعل العقار عوضاً عن خدمات هؤلاء.

وقال مالك: يلزم الشفيع الآخذ أن يدفع قيمة المشفوع فيه مهما بلغت، أي يدفع قيمة العقار الذي أخرجه صاحبه عن ملكه عوضاً عن هذه المنافع من مهر أو نحوه. وهذا القول هو الأعدل والأرجح؛ لأن الشفيع يتملك العقار المشفوع فيه بما قام على مالكه الجديد من ثمن، وما قام عليه من ثمن تارة يكون مالاً مثلياً فيدفع الشفيع مثله وطوراً يكون مالاً قيمياً فيدفع الشفيع قيمته، فإذا تعذر هذا كله فالمصير إلى تقويم المشفوع فيه ودفع قيمته من قبل الشفيع وهذا هو الأقرب لتحقيق العدالة والمماثلة من تقويم بدله.

---

(١) بداية المجتهد ج٢ ص ٢١٦، والمغني ج٥ ص ٢٩١.

(٢) نصت المادة ١١٣٣ من القانون المدني العراقي: لا تثبت الشفعة إلا ببيع العقار المشفوع به مع وجود السبب الموجب لها وقت البيع.
ونصت المادة ٩٣٥ من القانون المدني المصري: الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري، ويلاحظ على المادتين أن نصهما يعني: أن الشفعة مقتصرة على حالة البيع فقط.

٣٠٤ ـ ثالثاً: بقاء المشفوع به في ملك الشفيع حتى تتمّ الشفعة[١]:

أي يشترط أن يكون الشفيع مالكاً للمشفوع به من وقت بيع المشفوع فيه حتى يتملكه بالشفعة. والحكمة في هذا الشرط هو أن المشفوع به سبب ثبوت الشفعة فيجب أن يبقى السبب قائماً حتى حصول نتيجته، فإذا زال السبب قبل حصول النتيجة لم يعد سبباً صالحاً لتحقق أثره فلا يحصل الأثر. ويترتب على هذا الشرط ما يأتي:

أ ـ إذا باع الشفيع عقاره وبكلمة أجمع إذا خرج عن ملكه المشفوع به قبل أن يباع المشفوع فيه فلا شفعة له لعدم ملكيته المشفوع به وقت بيع المشفوع فيه.

ب ـ إذا طلب الشفيع الشفعة إلا أنه قبل أن يتملك المشفوع فيه باع المشفوع به، فلا شفعة له ولا لمشتريه. أما هو فلأنه لم يعد مالكاً للمشفوع به وأما مشتريه فلأنه لم يكن مالكاً للمشفوع به وقت بيع المشفوع فيه.

ج ـ عند الحنفية، إذا مات الشفيع بعد بيع المشفوع فيه وقبل أن يتملكه بالشفعة سقط حقه سواء طلب أخذ المشفوع فيه أو لم يطلبه. وليس لوارثه هذا الحق أيضاً بصفة أصلية لأنه لم يكن مالكاً للمشفوع به وقت البيع كما أنه لا يرث هذا الحق عند الحنفية لأن حق الشفعة لا يورث إذ ليس هو بمال وإنما هو رغبة للمورث، والرغبات لا تورث لأنها صفات للشخص. وقال غير الحنفية كالشافعي وأحمد بن حنبل ومالك إن حق الشفعة يورث فيحل الوارث محل مورثه في هذا الحق إذا كان المورث طلبه في حياته[٢].

د ـ لا شفعة بالعقار الموقوف لا للناظر عليه ولا للمرتزقة فيه. أما الناظر فإنه

---

(١) وبهذا أخذ القانون المدني العراقي فقد جاء في الفقرة الثانية من المادة ١٣٣: ويشترط في العقار المشفوع به أن يكون ملكاً للشفيع وقت بيع العقار المشفوع وأن يبقى مملوكاً له وقت الحكم بالشفعة أو التراضي عليها.

(٢) مختصر الطحاوي ص ١٢٣، رد المحتار ج٥ ص ٢٥٨، الزيلعي ج٥ ص ٢٥٧، كشاف القناع ج٢ ص ٣٨.

مشرف عليه ومدير له فليس هو مالكاً له. وأما المرتزقة فهم المستفيدون من غلة ومنافع الوقف وليسوا ملاكاً له(١).

٣٠٥ ـ رابعاً: عدم رضا الشفيع بالبيع:

وحكمة هذا الشرط واضحة؛ لأن الشفعة ما شرعت إلا لدفع الضرر عن الشفيع فإذا رضي ببيع العقار المشفوع فيه إلى الغير كان ذلك منه دليلاً على عدم تضرره بهذا البيع فلا معنى لإثبات الشفعة له. ولا يشترط أن يكون هذا الرضا صريحاً، بل يكفي أن يكون دلالة كما لو كان وكيلاً عن البائع في بيع العقار المشفوع فيه فباع، لمشتريه أو كفله في ثمن العقار المبيع. ولكن يشترط على كل حال أن يكون رضاه غير مشوب بغش أو تدليس، بأن يعلم بحقيقة الثمن ومقدار المبيع وشخص المشتري فإذا خفي عليه شيء من ذلك ورضي فلا يكون رضاه مسقطاً لحقه في الشفعة. فإذا أخبره مخبر بأن الثمن ألف دينار أو أن المشتري هو فلان أو أن المبيع هو نصف الدار، فرضي ثم تبين أن الثمن ثمانمئة أو أن المشتري ليس من سمي له أو أن المبيع هو كل الدار، ففي هذه الأحوال يبقى له حق الشفعة ولا يكون رضاه أولاً مسقطاً لها. والحكمة في هذا واضحة لا تحتاج إلى تفصيل.

وهناك شروط أخرى جاء بها القانون المدني العراقي وقال ببعضها بعض الفقهاء(٢).

٣٠٦ ـ طريق الوصول إلى الأخذ بالشفعة أو إجراءات طلب الشفعة:

حق الشفعة رخصة أعطاها الشارع لمن قام فيه سبب هذا الحق ليدفع الضرر عن نفسه فإن شاء تمسك بهذا الحق وإن شاء تركه فالأمر متروك لتقدير صاحب الحق نفسه. فإذا أراد الانتفاع به واستعماله فعليه أن يسلك مسالك معينة تنبئ عن رغبته الأكيدة في التمسك بهذا الحق دفعاً لما يتوقعه من ضرر محتمل لا يزول إلا بأخذ

---

(١) وبهذا أخذ القانون المدني العراقي: انظر الفقرة (هـ) من المادة ١١٣٤.

(٢) فلا شفعة في البيع بالمزايدة العلنية ولا في البيع بين الزوجين أو بين الأصول والفروع والحواشي إلى الدرجة الرابعة ولا في البيع لما يراد جعله محل عبادة: المادة ١١٣٤.

المشفوع فيه بحق الشفعة. فعليه أن يتبع إجراءات طلب الشفعة وإلا سقط حقه فيها. ونذكر فيما يلي بإيجاز الإجراءات اللازمة للتملك بحق الشفعة:

٣٠٧ ـ أن يطلب أخذ المشفوع فيه كله:

إن على الشفيع أن يطلب جميع المشفوع فيه بغض النظر عن كونه هو الشفيع الوحيد أو أن معه شفعاء آخرين في مرتبته أو أدنى منه أو أعلى منه وسواء طلب هؤلاء الشفعة معه أو لم يطلبوها. فالشرط الجوهري إذن أن يطلب الشفيع أخذ المشفوع فيه كله فإذا طلب بعضه سقط حقه في الشفعة. والحكمة في هذا هو أن الشفيع بطلبه بعض المشفوع فيه يكون قد رضي بشركة المشتري الجديد أو بجواره وهذا يدل على أن لا ضرر يلحقه من مشاركته أو مجاورته، وحيث أن الشفعة ما شرعت إلا لدفع الضرر وقد تبين أن لا ضرر عليه فلا معنى لبقاء الشفعة. وأيضاً فإن في تجويز طلب بعض المشفوع فيه تفريقاً للصفقة على المشتري وفي هذا ضرر عليه فلا يجوز.

ولكن لو كان معه شفعاء آخرون فطلب أحدهم الشفعة في مقدار نصيبه من المشفوع فيه فهل يسقط حقه في الشفعة أم لا؟ ذهب الإمام أحمد ابن حنبل ومحمد ابن الحسن الشيباني وبعض أصحاب الشافعي إلى السقوط. وقال أبو يوسف: إن حقه ثابت لا يسقط إلا بمسقط ولم يوجد فيبقى الحق له فإن شاء أخذ الكل بالشفعة وإن شاء ترك الكل[1]. والقول الأول هو الأرجح لما قلناه أولاً، ولأن الشفيع بتركه بعض المشفوع فيه قد أسقط حقه في البعض الآخر، والشفعة حق ثبت بالشرع غير قابل للتجزئة دفعاً للضرر عن الشفيع فلا يبقى على وجه التجزئة فيسقط.

ولكن لو كان المبيع متعدداً كدارين مستقلتين فعلى الشفيع أن يطلبهما جميعاً على رأي أبي حنيفة وصاحبيه. وله أن يأخذ إحداهما بحصتها من الثمن المسمى على رأي الإمام زفر. احتج أبو حنيفة أن في إباحة الشفعة في إحداهما فقط تفريقاً للصفقة وفيها الجيد والرديء فيتضرر المشتري فلا يجوز. واحتج زفر أن تمايز أفراد

---

(١) المغني ج٥ ص ٣٠٣.

المبيع ينفي التضرر لانتفاء الشركة فلا يكون تفريق الصفقة مدعاة للضرر فتجوز[١].

ويلاحظ هنا أن تنازل الشفيع عن جميع حقه في الشفعة للمشتري أو لشفيع آخر لا يترتب عليه سوى سقوط حقه هو فيكون كل المشفوع فيه لجميع الشفعاء الآخرين.

٣٠٨ ـ مراحل الطلب:

قلنا: إن الطلب يجب أن ينصب على كل المشفوع فيه وبينا السبب في هذا الشرط. والآن نبين كيف يجب أن يتقدم الشفيع بهذا الطلب حتى يتم له أخذ المشفوع فيه بحق الشفعة. على الشفيع أولاً أن يطلب الشفعة فور علمه بالبيع وهذا ما يسمى بطلب المواثبة. ثم يؤكد هذا الطلب وهذا يسمى بطلب التقرير. ثم يقوم برفع الأمر إلى القضاء إن لم يسلم له المشتري المشفوع فيه رضاء وهذا ما يسمى بطلب الخصومة. ونتكلم فيما يلي عن كل مرحلة بكلمة موجزة:

أ ـ طلب المواثبة:

على الشفيع أن يفصح عن رغبته في المشفوع فيه فور علمه بالبيع بأن يقول ـ في مجلس علمه ـ ما يدل على رغبته في الشفعة فإذا أخبره مخبر بالبيع وبمقدار الثمن ومقدار المبيع واسم المشتري ثم تشاغل عن هذا الخبر بأمر آخر أو قام من المجلس كان معرضاً عن الشفعة راغباً عنها فيسقط حقه فيها. لأن الشفعة حق ضعيف فتجب المبادرة إليه، ويروى في هذا الحديث: «الشفعة لمن واثبها» أي أسرع إلى طلبها[٢]. ولكن لو أخبره المخبر بخلاف الواقع بأن سمى له غير المشتري الحقيقي أو ذكر له أكثر من الثمن الحقيقي فلم يطلب الشفعة لا يعد هذا إعراضاً منه ولا يسقط حقه في الشفعة. والقانون المدني العراقي وسع على الشفيع فأباح له أن يظهر رغبته في الشفعة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إبلاغه بالبيع من قبل البائع أو المشتري[٣].

---

(١) الكاساني ج٥ ص ٢٥ المبسوط ج١٤ ص ١٠٤.

(٢) الأستاذ علي الخفيف، المرجع السابق، ص ٤٧.

(٣) المادة ١١٣٨: على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته لكل من البائع والمشتري أو دائرة =

ب ـ طلب التقرير:

ويلزم الشفيع بعد أن أظهر رغبته في الشفعة أن يقوم بما يؤكد هذه الرغبة فيعود إلى طلب الشفعة مرة ثانية عند المشتري أو عند البائع إذا كان المبيع لا يزال في يده أو عند العقار المبيع. ويسمى هذا الطلب بطلب التقرير أو بطلب الإشهاد لأن بعض الفقهاء يشترط الإشهاد عليه، أما الآخرون فيرون الإشهاد مستحسناً حفظاً لحق الشفيع عند إنكار المشتري. ويقتضي أن يكون هذا الطلب بعد طلب المواثبة وأن لا يتجاوز به مدة تمكنه منه فإن لم يقم بهذا الإجراء مع القدرة عليه سقط حقه في الشفعة. هذا وإن طلب المواثبة إذا كان عند المشتري أو البائع أو العقار المبيع أغنى ذلك الطلب عن تكراره واعتبر طلب مواثبة لأنه أول طلب، كما اعتبر طلب تقرير لأنه حصل عند أحد هؤلاء الثلاثة: المشتري، أو البائع، أو العقار المبيع[1].

فإذا سلم المشتري بحق الشفيع في الشفعة وسلمه المبيع فقد تمت الشفعة وإذا أبى المشتري وعارض الشفيع ولم يسلم له المشفوع فيه، فعلى الشفيع أن يقوم بالخطوة الثالثة وهي طلب الخصومة.

ج ـ طلب الخصومة:

وهذا الطلب يقوم به الشفيع إذا نازعه المشتري في المشفوع فيه أو نازعه البائع إن كان المبيع في يده. ومعنى هذا الطلب أن يرفع الأمر إلى القضاء بأن يقيم دعوى الشفعة على المشتري ويدخل البائع في الخصومة إذا كان المبيع لا يزال بيده. أما وقت إقامة هذه الدعوى فمتروك إلى رأي الشفيع على رأي أبي حنيفة ولا يسقط بالتأخير لأن الحق قد استقر وتأخير المطالبة بالحق لا تسقطه. ويرى محمد بن الحسن وزفر وجوب رفع الدعوى خلال شهر من وقت طلب التقرير. وعند أبي

= الطابو خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إنذاره بالبيع إنذاراً رسمياً من البائع أو المشتري وإلا سقط حقه. ويجب أن يتضمن هذا الإنذار بيان العقار المبيع بياناً واضحاً وبيان الثمن وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري. إلخ.

(١) الأستاذ علي الخفيف، المرجع السابق، ص ٤٨.

يوسف يجب رفع الدعوى بعد طلب التقرير في أول مجلس للقضاء أي في أول فرصة يمكن رفع الدعوى فيها ويمكن للقاضي النظر فيها. وما ذهب إليه محمد وزفر هو الراجح لأن في ترك الأمر للشفيع دون تقييدها بمدة إضراراً للمشتري بلا مبرر. هذا وإن القانون المدني العراقي نص في المادة (١١٣٩): «يجب على الشفيع أن يرفع دعوى الشفعة على كل من البائع والمشتري خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان رغبته وإلا سقط حقه».

٣٠٩ ـ ما يجب على الشفيع أداؤه:

الشفيع يتملك المشفوع فيه بمثل ما تملكه به المشتري إن كان مثلياً وبقيمته إن كان قيمياً. فلا بد إذن من المماثلة والمساواة بين ما دفعه المشتري وبين ما يدفعه الشفيع، لأن الشفيع يحل محل المشتري في تملك المبيع وفيما دفعه فيه. وهذا الأصل وإن كان متفقاً عليه بين الفقهاء إلا أنه حصل بعض الاختلاف في تطبيقاته. ونذكر من هذه التطبيقات مسألتين:

(الأولى) الأجل في الثمن:

إذا تملك المشتري المبيع بثمن مؤجل أو مقسط فهل يستفيد الشفيع من هذا التأجيل أو التقسيط أم لا؟ ومبنى الاختلاف هو: هل تعتبر المماثلة والمساواة بين ما دفعه المشتري وما يدفعه الشفيع في مقدار الثمن دون وصفه أم بهما معاً؟ قال الحنابلة: المساواة والمماثلة تتحققان بمقدار الثمن وبصفته، والتأجيل أو التقسيط من صفات الثمن فيلحقان به فيستفيد منهما الشفيع فلا يلزم بدفع الثمن حالاً. ولكن إذا لم يكن الشفيع مليئاً فعليه أن يقدم ضامناً مليئاً وبهذا لا يخشى على المشتري من تأخير الثمن. ويقول الحنابلة قال مالك، وهو أحد القولين عن الشافعي. قال أبو حنيفة: إن الشفيع إما أن يأخذ المشفوع فيه في الحال ويدفع الثمن حالاً وإما أن لا يأخذه حتى يحل موعد أداء الثمن فيطلبه رضاء أو قضاء ويسلم الثمن. فكأن الحنفية رأوا أن المماثلة والمساواة تتحققان بقدر الثمن لا به وبوصفه معاً[1].

---

(١) بداية المجتهد ج٢ ص ٢١٧، والمغني ج٥ ص ٣٢٣ الخلاف للطوسي ج٢ ص ١٨٣.

والقانون المدني العراقي وكذا المصري نصا على أن الشفيع لا يستفيد من الأجل الممنوح للمشتري إلا إذا رضي البائع[1] وهذا ما نميل إليه.

(الثانية): الحط من الثمن والزيادة فيه:

إذا تم البيع ثم حط البائع من الثمن كأن كان الثمن (١٠٠٠) دينار ثم حط البائع منه مئة دينار أو زاد فيه المشتري مئة فهل يستفيد الشفيع من الحط ويتحمل الزيادة؟ عند الحنفية أن المشتري يستفيد من الحط فلا يلزم بالألف في مثالنا وإنما عليه أن يدفع تسع مئة لأن الحط من الثمن يلحق بأصل العقد فيكون العقد كأنه انعقد ابتداء بتسع مئة لا بألف. أما الزيادة فإنها لا تسري بحق الشفيع لئلا يضار بها فلا تلزمه وإن كانت تلحق بأصل العقد. وقال الحنابلة: لا يلزم الشفيع إلا الثمن الذي استقر على المشتري بتمام العقد ولزومه، فلا أثر لتنقيص الثمن أو زيادته في حق الشفيع، لأن الحط إبراء مبتدأ ولا يثبت ذلك في حق الشفيع، والزيادة هبة يعتبر لها شروط الهبة ولا يتأثر بها الشفيع. وبقول الحنابلة قال الشافعي والجعفرية[2].

٣١٠ ـ تصرفات المشتري في المشفوع فيه:

وقد يتصرف المشتري في المشفوع فيه بأنواع التصرفات القولية والفعلية؛ لأنه مالك ومن حق المالك أن يتصرف في ملكه كما يشاء فله أن يستعمله ويزيد فيه أو ينقص منه أو يبيعه أو يهبه أو يقفه. ولكن ما حكم هذه التصرفات بالنسبة للشفيع إذا تملكه بحق الشفعة؟ هذا ما نذكره بإيجاز فيما يلي:

أولاً: إذا تصرف المشتري في المشفوع فيه تصرفاً يخرجه عن ملكه كأن يبيعه أو يهبه أو يقفه. فالجمهور من الفقهاء على عدم سريان هذه التصرفات في حق الشفيع فتبطل من تاريخ تملكه للمشفوع فيه، وفي رواية عن أحمد ابن حنبل أن الشفعة تسقط إذا كان تصرف المشتري بالمشفوع فيه بالوقف أو الهبة. هذا وإن الفقهاء يشترطون لنقض هذه التصرفات أن يكون تملك الشفيع للمشفوع فيه عن طريق القضاء لا بالتراضي بينه وبين المشتري.

---

(١) انظر المادة ١١٤٢ من القانون المدني العراقي، والمادة ٩٤٥ من القانون المدني المصري.

(٢) الخلاف ج٢ ص ١٩٠، المغني ج٥ ص ٣٢٢.

والقانون المدني العراقي وكذا القانون المدني المصري نصا على أن التصرف الناقل للملكية لا يسري بحق الشفيع إذا قام به المشتري بعد قيام الشفيع بإبلاغ رغبته في الأخذ بالشفعة[1].

ثانياً: التصرفات الفعلية التي يترتب عليها زيادة في قيمة العقار، وهذه إما أن تكون متصلة بالعقار ولا يمكن فصلها عنه، كصبغ الجدران، وفي هذه الحالة على الشفيع أن يدفع للمشتري ما زادته هذه التحسينات في قيمة العقار وقت البيع[2]. وإما أن تكون الزيادة متصلة بالعقار ولها أمد لقلعها كالزرع، فالمشتري ملزم بدفع أجر المثل للشفيع من تاريخ تملكه إلى أوان قلعه، وهذا عند الحنفية. وقال غيرهم كالحنابلة: لا أجر عليه.

أما البناء يقيمه المشتري أو الأشجار يغرسها، فعند أبي حنيفة للشفيع أن يلزم المشتري بقلعها إلا إذا أضر القلع بالأرض فيتملكها بقيمتها منقوصة. وعند الحنابلة ومن وافقهم كالشافعي والليث والأوزاعي ومالك، الشفيع مخير بين ثلاثة أشياء: ترك الشفعة أو دفع قيمة الغراس والبناء قائماً، أو قلع الأشجار والبناء ويضمن للمشتري ما نقص من قيمتها بالقلع[3]. وهذا إذا بنى المشتري أو غرس قبل طلب الشفيع الشفعة أما إذا كان البناء أو الغرس بعد الطلب فإن المستفاد من أقوالهم هو أن المشتري يكون كالغاصب فيؤمر بالقلع أو يتملكه الشفيع بقيمته مقلوعاً.

والقانون المدني العراقي أخذ برأي مقبول، فنص على أن الشفيع ملزم بدفع مقدار ما زاد في قيمة العقار للمشتري إذا كان بناؤه أو غرسه قبل أن يبلغ الشفيع رغبته في الشفعة، أما إذا كان البناء أو الغرس بعد تبليغه رغبته في الشفعة فإن للشفيع طلب القلع أو تملكه مقلوعاً إذا كان القلع يضر بالأرض[4].

ثالثاً: التصرفات الفعلية التي تنقص بها قيمة العقار كأن يهدم المشتري البناء أو

---

(١) المادة ١١٤٤ من العراقي، والمادة ٩٤٧ من المصري.

(٢) الفتاوى الخانية ج٣ ص ٥٤١.

(٣) بداية المجتهد ج٢ ١٢١، المغني ج٥ ص ٣١٧ ـ ٣١٩.

(٤) المادة ١١٤٣.

يقلع الأشجار، ففي هذه الحالة يتملك الشفيع المشفوع فيه بحصته من الثمن. وهذا الحكم نفسه فيما لو انهدم البناء لا بفعل المشتري ولكن قضاء وقدراً وهذا قول أبي يوسف والثوري وظاهر مذهب أحمد. وعند غيرهم الشفيع مخير في هذه الحالة بين أن يأخذ المشفوع بالثمن المسمى وبين أن يترك الشفعة[1].

٣١١ ـ مسقطات الشفعة:

الشفعة حق ضعيف يسقط بأمور كثيرة منها ما قلناه أثناء كلامنا عن أحكام الشفعة وشروطها، ونجمل الأسباب هنا بما يأتي:

أولاً: إسقاط الشفيع حقه في الشفعة صراحة بعد تمام البيع، أما قبله فلا يكون إسقاطاً لأنه غير موجود، والإسقاط يرد على الحق الثابت الموجود لا المعدوم. هذا ما يذكره جمهور الفقهاء خلافاً للظاهرية[2]. والقانون المدني العراقي وكذا المصري نصا على أن التنازل عن حق الشفعة يعد إسقاطاً معتبراً ولو قبل البيع. وهذا ما نرجحه ويوافق قول الظاهرية وله سنده من الحديث الشريف: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم: ربعة أو حائط، ولا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك..».

ثانياً: إسقاط حق الشفعة دلالة كما لو صالح الشفيع المشتري على التنازل عن حق الشفعة نظير عوض مالي. فهذا يدل على رضا الشفيع بالمشتري فيسقط حق الشفعة ولا يستحق الشفيع العوض.

ثالثاً: بالتنازل عن حق الشفعة لأحد الشفعاء.

رابعاً: رضا الشفيع بالمشتري صراحة أو ضمناً كمساومته للمشتري في المبيع بعد علمه بشرائه من مالكه.

خامساً: عدم القيام بإجراءات طلب الشفعة التي ذكرناها أو قيامه بها بعد فوات أوانها.

---

(١) المغني ج٥ ص ٣١٩.

(٢) الأستاذ علي الخفيف، المرجع السابق، ص ٥٢.

سادساً: زوال ملك المشفوع به عن ملك الشفيع.

سابعاً: موت الشفيع قبل تملكه المشفوع فيه ولو بعد طلب الشفعة على رأي الحنفية ومن وافقهم.

ثامناً: طلب بعض المشفوع فيه على النحو الذي بيناه من قبل(١).

(١) وقد ذكر القانون المدني العراقي مسقطات الشفعة في ثنايا المواد التي خصصها للشفعة من ذلك الفقرة الأولى المادة (١١٣٩) ومنها عدم إيداعه صندوق المحكمة نصف ثمن المشفوع فيه: في ٢ من المادة ١١٣٦ ومنها تنازله عن حق الشفقة صراحة أو دلالة: فقرة (د) المادة ١١٣٤ وفقرة (و) من المادة: ١١٣٤.

الباب الثاني
نظرية العقد

تمهيد

٣١٢ ـ العقد والتصرف:

العقد في اللغة: الشد والربط، تقول عقدت الحبل إذا شددته، وعقدت الحبل بذاك إذا ربطته به. والعقدة موضع العقد وهو ما عقد عليه. فالعقد يطلق في اللغة على الجمع بين شيئين أو أكثر وربطها، كما يطلق على أحكام الشيء وتقويته[١].

وفي اصطلاح الفقهاء: «العقد ربط بين كلامين أو ما يقوم مقامهما ينشأ عنه أثره الشرعي»[٢]. والمقصود «بالكلامين أو ما يقوم مقامهما» الإيجاب والقبول، ولهذا عرف العقد بأنه «عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه»[٣]. ومعنى هذا أن العقد ينشأ بين طرفين تتجه إرادتهما إلى إنشاء أثر قانوني، وبهذا يكون العقد في اصطلاح الفقهاء شبيهاً لمعناه في الاصطلاح القانوني، إذ يعرفه رجال القانون بقولهم: «العقد توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه»[٤].

التصرف:

والتصرف في اصطلاح الفقهاء: «كل ما يصدر عن شخص بإرادته ويرتب

---

(١) المختار من صحاح اللغة ص ٣٥٠، الجصاص ج٣ ص ٣٦٠، تفسير القرطبي ج٦ ص ٣٢.

(٢) الملكية ونظرية العقد للأستاذ الشيخ محمد أبي زهرة ص ١٧١.

(٣) مرشد الحيران للأستاذ محمد قدري باشا، المادة ١٨٦ ص ٢٧. وقد أخذ القانون المدني العراقي بهذا التعريف بألفاظه، انظر المادة ٧٣ منه.

(٤) الوسيط للأستاذ الدكتور السنهوري ص ١٣٨.

الشارع عليه نتائج حقوقية». وهو نوعان: تصرف فعلي، وتصرف قولي. فالتصرف الفعلي يتم بفعل مادي غير قولي كالغصب والإتلاف. والتصرف القولي هو ما يصدر عن الإنسان من قول يرتب الشارع عليه أثراً شرعياً[1]. والتصرف القولي ثلاثة أنواع: (الأول) تصرف يتكون من قولين صادرين من طرفين ويستلزم توافق إرادتين، كما في البيع والإجارة ونحو ذلك، وهذا هو العقد. (الثاني) تصرف يتكون من قول واحد يصدر من طرف واحد وبإرادة واحدة، وينشأ به التزام الإنسان بمجرد إرادته وعبارته، ويتضمن إنشاء حق أو إنهاءه أو إسقاطه. كالوقف والطلاق والإبراء والتنازل عن حق الشفعة، وهذا النوع من التصرف يسمى بالإرادة المنفردة[2]. (الثالث) تصرف ليس فيه ارتباط بين إرادتين، وليس هو إرادة واحدة تتجه إلى إنشاء حق أو إسقاطه، وإنما هو قول تترتب عليه أحكام مدنية وجزائية، كالدعوى، فهي طلب حق أمام القضاء، وكالإقرار، فهو اعتراف بحق ثبت في الماضي، وليس هو إنشاءً لحق، وكالحلف على نفي دعوى الخصم فهو إخبار تترتب عليه أحكام قضائية مدنية، وكالأقوال التي تكون جريمة تعاقب عليها الشريعة كالقذف[3].

ومن هذا العرض يتبين لنا وجه العلاقة بين التصرف وبين العقد، فالأول أعم من الثاني، لأن العقد نوع من أنواع التصرف القولي، وهو الذي ينشأ بارتباط إرادتين ويستلزم وجود طرفين. فكل عقد تصرف، وليس كل تصرف عقداً. ومع وضوح هذا المعنى، فإن الفقهاء يطلقون في كتاباتهم اسم العقد على ما يتكون بإرادة واحدة كما يطلقونه على ما يتكون بإرادتين، فنراهم يسمون اليمين والنذر والوقف والطلاق عقوداً، كما يسمون البيع والرهن والإجارة عقوداً[4].

---

(١) الأستاذ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص ١٦٥.

(٢) الأستاذ مصطفى الزرقاء، المرجع السابق، ص ١٤١.

(٣) المرجع السابق، ص ١٩٥.

(٤) العقود للإمام ابن تيمية ص ١٨، ٢١، ٧٨، أحكام القرآن للجصاص ج٣ ص ٣٦٠، ٣٦١، اللباب في شرح الكتاب للميداني ج٣ ص ١٢٨.

٣١٣ ـ الالتزام:

الالتزام، في الاصطلاح الفقهي، هو كون الإنسان مكلفاً، على وجه الإلزام، بفعل أو ترك تجاه آخر، كالتزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري، والتزام المشتري بتأديته الثمن، والتزام الأجير بالعمل المستأجر عليه، والتزام الوديع بأن لا يتعدى على العين المودعة[١].

ومن هذا التعريف للالتزام يتبين لنا وجه العلاقة بينه وبين التصرف. فالتصرف، ومنه العقد، مصدر من مصادر الالتزام، أي: إن التصرف هو السبب المنشئ للالتزام، والالتزام أثر له.

٣١٤ ـ منهج البحث:

إن تجلية نظرية العقد في الفقه الإسلامي، تستلزم الكلام عن تكوين العقد، والعاقد، ومحل العقد، وعيوب العقد، والخيارات فيه، وأقسامه ثم انتهائه بالفسخ وغيره، وهذا ما سنبحثه في هذا الباب في فصول متتابعة.



(١) الأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، ص ٢٠١.

الفصل الأول

تكوين العقد

٣١٥ ـ تمهيد:

قلنا في تعريف العقد إنه عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يظهر أثره في المعقود عليه. ومعنى هذا أن العقد لا يوجد إلا إذا وجد الإيجاب والقبول، والعاقدان، والمحل أي المعقود عليه. وعلى هذا اتفاق الفقهاء، ولكنهم يختلفون في اعتبار هذه الأمور كلها أركان العقد. فغير الحنفية يقولون إنها أركان العقد، والحنفية يقولون إن أركان العقد هي الإيجاب والقبول فقط وأما ما عدا ذلك من المحل والعاقدين فهي لوازم للإيجاب والقبول فقط وأما ما عدا ذلك من المحل والعاقدين فهي لوازم للإيجاب والقبول لأنه يلزم من وجود الإيجاب والقبول وجود موجب وقابل، ووجودهما مرتبطين يستلزم وجود محل يظهر فيه أثر هذا الارتباط[١]. ومهما يكن من شأن هذا الخلاف، فنحن سنتكلم عن هذه الأمور تباعاً لأنها ضرورية ولازمة لتكوين العقد ووجوده في الخارج. ونبدأ بالكلام عن الإيجاب والقبول في مبحث أول ثم نتكلم عما به يتحقق هذا الإيجاب والقبول، وهو المسمى بصيغة العقد، في مبحث ثان.

المبحث الأول
الإيجاب والقبول

٣١٦ ـ تمهيد:

الإيجاب ما صدر أولاً عن أحد العاقدين، والقبول ما صدر عن العاقد الآخر،

---

(١) الأستاذ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص ٢٤٠.

فإذا قال شخص لآخر: بعتك هذا الكتاب بدينارين، فقال الآخر قبلت، كان ما قاله الأول هو الإيجاب، وما قاله الآخر هو القبول. فالعقد ينعقد ويكون له وجود خارجي بارتباط الإيجاب بالقبول. ولكن يشترط لارتباط الإيجاب بالقبول، على نحو معتبر يترتب عليه انعقاد العقد، جملة شروط نذكرها تباعاً:

٣١٧ ـ أولاً: أن يكون كل منهما معبراً عن إرادة معتبرة في إنشاء العقد[(١)]:

الارتباط الذي يتكون به العقد، هو في الحقيقة، الارتباط بين إرادتي العاقدين، وإنما يستدل على هاتين الإرادتين بالإيجاب والقبول، فكان من البديهي أن يشترط في هذا الإيجاب والقبول ووضوح الدلالة على إرادة كل من العاقدين المتجهة إلى إنشاء العقد، فإن كان في هذه الدلالة شك لم ينعقد العقد. ولا يلزم في هذه الدلالة الواضحة أن تكون بطريق الحقيقة، بل يمكن أن تكون بطريق المجاز أيضاً. ويشترط أيضاً في الإيجاب والقبول صدورهما من شخص مميز يدرك ما يقول وبهذا يكون تعبيره معبراً حقيقة عن إرادته، فإذا صدرا من مجنون أو نائم أو صبي غير مميز، كان هذا الإيجاب والقبول لغواً لا يترتب عليه شيء، لأنه لا يعبر عن إرادة معتبرة في إنشاء العقد، إذ لا إرادة للمجنون والنائم والصبي غير المميز ومن في حكمهم.

٣١٨ ـ ثانياً: موافقة القبول للإيجاب[(٢)]:

ويتم توافق الإيجاب مع القبول إذا اتحد موضوعهما بأن يردا على معنى واحد بجميع جزئياته، سواء أكانت هذه الموافقة صريحة أم ضمنية. فلو قال شخص لآخر بعتك هذه السيارة بألف دينار فقال الآخر قبلت. فالموافقة هنا صريحة وكاملة. ولو قالت امرأة لرجل تزوجتك على ألف دينار، فقال الرجل: قبلت زواجك على ألفي دينار. فالموافقة هنا ضمنية لأن قبولها الزواج على ألف قبول ضمني على زواجها على ألفين بطريق أولى، لأن المقصود بتوافق القبول مع الإيجاب توافر الرضا بالعقد بين طرفيه، فإذا كان الاختلاف لا يضر بالطرف الآخر، بأن كان له فيه

---

(١) الأستاذ الشيخ علي الخفيف، المرجع السابق، ص ٥٧.

(٢) البدائع للكاساني ج٥ ص ١٣٦، فتح القدير ج٥ ص ٧٧٧.

خير، انعقد العقد ولم تضر المخالفة وإلا فلا ينعقد العقد[١]، ولكن لا يكون القابل، في مثالنا، ملزماً إلا بالقدر الذي تضمنه الإيجاب ولا يلزم بالزيادة إلا إذا قبلته الزوجة في نفس مجلس العقد لأنه لا يجوز إدخال شيء في ملك إنسان جبراً عنه إلا الإرث.

أما إذا لم يتوافق القبول والإيجاب كلاً أو جزءاً لم ينعقد العقد، كما لو قال شخص لآخر: بعتك هذه السيارة بألف دينار، فقال الآخر: قبلت بستانك بهذا الثمن. أو قال: قبلت شراءها بهذا الثمن مؤجلاً. ففي جميع هذه الصور لا ينعقد عقد البيع لمخالفة القبول والإيجاب كلاً أو جزءاً. ولكن إذا لم ينعقد العقد في هذه الأحوال فإن القبول يعتبر إيجاباً مبتدأ يتم به العقد إذا صدر قبول من الطرف الآخر موافق له[٢].

٣١٩ ـ ثالثاً: علم كل عاقد بما صدر من الآخر:

ويشترط أن يعلم ويفهم كل عاقد ما صدر من الآخر من إيجاب أو قبول، لأن هذا العلم أساس اتصال إرادتيهما، والإرادة خفية، والعبارة، أو ما يقوم مقامها، هي الكاشفة عنها والمظهرة لها، ولذا لزم أن تكون واضحة مفهومة، فإن لم تكن كذلك لعدم سماع الآخر لها أو لعدم فهمه مدلولها لأنها بغير لغته مثلاً وصدر من الآخر ما يصح أن يكون قبولاً فإن العقد لا ينعقد[٣].

٣٢٠ ـ رابعاً: اتصال القبول بالإيجاب في مجلس العقد:

لا خلاف بين الفقهاء في أن اتصال القبول بالإيجاب ضروري لوجود العقد، ولكنهم اختلفوا في المراد به، فعند الشافعية: المقصود به صدور القبول فوراً عقب الإيجاب. لأن الإيجاب ينعدم بعد صدوره فإذا صدر القبول لم يصادف إيجاباً قائماً يتصل به فلا ينعقد العقد. ولكن باعتبار ذلك يسد باب التعاقد، فاعتبر الإيجاب

---

(١) المدخل للفقه الإسلامي للأستاذ محمد سلام مدكور ص ٤٠٠.

(٢) كشاف القناع ج٢ ص ٣.

(٣) الأستاذ محمد سلام مدكور، المرجع السابق، ص ٤٠٢.

قائماً حكماً للضرورة، وحق الضرورة مقضي بالفور فوجب أن يصدر القبول فوراً عقب الإيجاب وعند غير الشافعية، كالحنفية، إن حق الضرورة لا يقضي بالفورية، لأن من عرض عليه الإيجاب بحاجة إلى التدبر والتأمل حتى يقبل أو يرفض فإلزامه بالفورية تضييق عليه وحرج، والحرج مرفوع. ولكن من جهة أخرى لا يجوز أن يسمح له أن يتأخر في الرد على الموجب بالقبول أو الرفض لأن في هذا ضرراً على الموجب، والضرر مرفوع إذ لا ضرر ولا ضرار. من أجل هذا ظهرت نظرية مجلس العقد. والغرض منها تحديد المدة التي يمكن أن تفصل القبول عن الإيجاب دون ضرر بالموجب ولا بمن عرض عليه الإيجاب. فاعتبر الإيجاب قائماً ما دام مجلس العقد باقياً فإذا صدر القبول قبل انفضاض المجلس أو اختلافه صادف القبول إيجاباً موجوداً حكماً فيتحقق الاتصال به وينعقد العقد، وإذا صدر القبول بعد انفضاض المجلس لم يلاق إيجاباً قائماً لا حقيقة ولا حكماً فلا يتحقق الاتصال ولا ينعقد العقد[1].

ومجلس العقد هو المكان الذي يوجد فيه المتعاقدان، ويبدأ من وقت صدور الإيجاب، ويبقى ما دام المتعاقدان منصرفين إلى التعاقد ولم يصدر من أحدهما إعراض عنه. فإذا تغير المجلس حقيقة أو حكماً اختلف المجلس، فإذا صدر بعده قبول كان لغواً لا يتحقق به اتصال القبول بالإيجاب فلا ينعقد العقد. وتغير المجلس حقيقة يتحقق بانتقال أحدهما من المكان الذي صدر فيه الإيجاب إلى مكان آخر. وتغير المجلس حكماً يتحقق بصدور ما يدل على الإعراض عن التعاقد من أحد الطرفين[2]. فالشرط، إذن، لتحقيق اتصال القبول بالإيجاب، هو صدور كل منهما في مجلس العقد دون أن يفصل بينهما ما يدل على إعراض من أحد العاقدين على التعاقد، أي صدور القبول في مجلس العقد قبل تغيره على النحو الذي ذكرناه[3].

---

(١) البدائع للكاساني ج٥ ص ١٣٦، مصادر الحق للدكتور السنهوري ج٢ ص ٢ ـ ٣.

(٢) رد المحتار للفقيه المشهور بابن عابدين ج٤ ص ٢٩، والأستاذ علي الخفيف المرجع السابق، ص ٦٠، ومصادر الحق للسنهوري ج٢ ص ٢ ـ ٣.

(٣) وهناك عقود لا يشترط فيها القبول في مجلس العقد وهي: الوصية والإيصاء والوكالة: الأستاذ علي الخفيف، المرجع السابق، ص ٦١.

ومجلس العقد، على النحو الذي بيناه، إنما هو بالنسبة للعاقدين الحاضرين، أما بالنسبة للمفترقين المتباعدين، إذا أرادا التعاقد بالرسالة أو الكتابة كأن يرسل أحدهما إلى الآخر رسولاً بالإيجاب أو كتاباً إليه به، فإن مجلس العقد ليس هو مكان الإرسال أو الكتابة، ولكن مجلسه حيث يبلغ الرسول رسالته إلى المرسل إليه أو حيث يقرأ المرسل إليه ذلك الكتاب، وعلى المرسل إليه أن يرد على الإيجاب في مجلس العقد، فإذا صدر منه القبول قبل تغير المجلس انعقد العقد وإلا لم ينعقد على النحو الذي ذكرناه[١].

٣٢١ ـ خيار الرجوع:

للموجب أن يرجع عن إيجابه قبل قبول الطرف الآخر، ومعنى ذلك أن الإيجاب غير ملزم، وللموجب أن يرجع عن إيجابه قبل صدور القبول، وهذا ما يسمى بخيار الرجوع. وهو يقابل حقاً من وجه إليه الإيجاب في أن يقبل هذا الإيجاب إلى حين انفضاض المجلس وهذا ما يسمى بخيار القبول[٢]. وخيار الرجوع هو ما عليه جمهور الفقهاء.

ويرى أكثر فقهاء المذهب المالكي خلاف ذلك، فعندهم لا يجوز للموجب أن يرجع عن إيجابه بل يبقى ملتزماً به، فإما أن يقبل الطرف الآخر فيتم العقد، وإما أن يرفض فينعدم الإيجاب[٣]. وعلى هذا التصور المالكي، إذا رجع الموجب ثم قبل الطرف الآخر في مجلس العقد انعقد العقد بالرغم من رجوع الموجب. وحجة هذا الرأي أن الموجب بإيجابه التزم أمراً تعلق به حق الطرف الآخر ما دام مجلس العقد قائماً فلا يجوز له التحلل من التزامه هذا. وحجة الرأي الأول أن في منع الموجب من الرجوع تضييقاً عليه وتقييدا لحريته وإلزامه بما عدل عنه بدون رضاه، والتراضي أساس صحة العقود[٤]. وهذا الرأي هو الراجح.

---

(١) الأستاذ علي الخفيف، المرجع السابق، ص ٦٠ ـ ٦١، والسنهوري، المرجع السابق، ج٢ ص ٥١.

(٢) الفتاوى الهندية ج٣ ص ٨، والكاساني ج٥ ص ١٣٨، ومصادر الحق للسنهوري ج٢ ص ١.

(٣) مواهب الجليل للحطاب ج٤ ص ٢٤٠.

(٤) الفقه الإسلامي، للدكتور محمد يوسف موسى، ص ٣٢٦.

٣٢٢ ـ خروج الموجب عن أهليته:

إذا صدر الإيجاب، ثم فقد الموجب أهليته، كأن جن أو مات قبل قبول الطرف الآخر، فإن الإيجاب يبطل ولا ينعقد بصدور القبول من الطرف الآخر لصدوره بعد انعدام الإيجاب[١].

٣٢٣ ـ العبارة الواحدة وأثرها في إنشاء العقود:

العقد ـ كما قلنا ـ ارتباط إرادتين يعبر عنهما الإيجاب والقبول. فهل تستطيع العبارة الواحدة إنشاء العقود؟ أي هل يستطيع الإنسان بإيجابه فقط أن يكون عقداً؟ قلنا: إن الإرادة المنفردة، وهي نوع من التصرف القولي، قادرة على إنشاء التزام، وهذا الالتزام، أو هذا النوع من التصرف القولي، يسميه الفقهاء عقداً كالوقف والإبراء من الدين والجعالة[٢]. وقد يترتب على العبارة الواحدة عقد بين شخصين إذا كانت هذه العبارة تعبر عن إرادتين، وذلك إذا صدرت من شخص له صفتان كما لو كان شخص وكيلاً عن رجل وامرأة في تزويج أحدهما الآخر، فإنه يزوجهما بعبارة واحدة كأن يقول: زوجت فلاناً بفلانة. فهذه العبارة تقوم مقام عبارتين، إذ هي بالنسبة لأحدهما إيجاب، وبالنسبة للآخر قبول[٣]. ولكن جواز إنشاء عقد بين شخصين بعبارة واحدة، أي تعاقد الإنسان مع نفسه، ليس محل اتفاق بين الفقهاء، فمنهم من منعه مطلقاً كالإمام زفر من الحنفية. ومنهم من أجازه في حالة واحدة وهي تزويج الجد حفيديه ببعضهما بأن ينوب عن طرفي العقد وهذا مذهب الشافعي. ومنهم من أجازه في عقود النكاح دون عقود المعاوضات المالية عدا بعض المستثنيات القليلة كبيع الأب مال الصغير الذي في ولايته من نفسه، وهذا مذهب الحنفية، ومنهم من أجازه في عقود المعاوضات المالية وفي النكاح على

---

(١) ابن عابدين، المرجع السابق، ج٤ ص ٢٩، مغني المحتاج ج٢ ص ٦.

(٢) الجعالة: التزام منفرد، كمن يلتزم بأجر معين لمن يرد عليه متاعه الضائع.

(٣) الأستاذ علي الخفيف، المرجع السابق، ص ٦١ ـ ٦٢.

حد سواء بشرط أن تكون لمن يتولى طرفي العقد صفة تجيز له إنشاء العقد لطرفي العقد كما لو كان وكيلاً عنهما، وهذا مذهب الحنابلة ومن وافقهم[1].

المبحث الثاني
صيغة العقد

٣٢٤ ـ التعريف بصيغة العقد:

صيغة العقد هي ما يتحقق به الإيجاب والقبول، فهي صورته في الخارج التي يوجد بوجودها، ذلك لأن الأساس في وجود العقد هو توجه إرادة العاقدين إلى إنشائه، وهذه الإرادة أمر خفي مستتر لا سبيل إلى معرفته إلا بما يدل عليه من لفظ أو ما يقوم مقامه مما يكون الإيجاب والقبول، وهذا الدال على الإرادة هو الذي سماه الفقهاء بصيغة العقد[2]. ويشترط لاعتبار هذه الصيغة أن تكون واضحة الدلالة على إرادة المتعاقدين، ومفهومة لديهم، من دون شك ولا احتمال لمعنى آخر كالعدة والمساومة، ولا يضر بعد هذا أن تكون لفظاً أو كتابة أو إشارة أو فعلاً لأن المنظور إليه في الصيغة كونها كاشفة ومظهرة لإرادة المتعاقدين، وليس المنظور إليه وسائل هذا الإظهار وذاك الكشف.

٣٢٥ ـ التعبير عن الإرادة باللفظ، أو الصيغة اللفظية:

اللفظ هو الأداة الطبيعية للتعبير عن الإرادة، وينعقد به أي عقد بلا استثناء، ومن ثم كان له منزلة عظيمة عند الفقهاء، فهو آثر عندهم من غيره، ومقدم على ما سواه من وسائل التعبير عن الإرادة. ولا غرابة في هذا، فإن البشر عرفوا اللفظ ـ كأداة للتعبير عن إرادتهم ـ قبل أن يعرفوا وسائل التعبير الأخرى من كتابة ونحوها، فأجروا به عقودهم قبل أن يجروها بغيره. وفضلاً عن ذلك، فإن للفظ مزايا عديدة،

---

(١) البدائع للكاساني ج٢ ص ٢٣١ ـ ٢٣٢، فتح القدير ج٢ ص ٤٢٨، كشاف القناع ج٢ ص ٢٣٨، ٢٣٩، نهاية المحتاج ج٢ ص ١٩٢ ـ ١٩٣.

(٢) الأستاذ محمد سلام مدكور، تاريخ التشريع الإسلامي ومصادره ص ٤١٠، الأستاذ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص ٢٦١.

فهو أدل من غيره على شخصية المتكلم وحقيقة إرادته ومجموع نفسه[١]. ولا يشترط لانعقاد العقد باللفظ إلا أن يكون واضح الدلالة على الإرادة، ولا يهم بعد ذلك أن يكون باللغة العربية أم غيرها ما دام العاقدان يفهمانها، كما لا يهم أن تكون اللغة العامية أو الفصيحة، بهذا الأسلوب أو ذاك، بهذه الكلمة أو تلك. ولم يختلف الفقهاء في هذا الأصل إلا في عقد النكاح، فعند فريق من الفقهاء، كالشافعي، لا ينعقد الزواج إلا بلفظي: النكاح والزواج وما اشتق منهما، وهذا بحق من يحسن اللغة العربية، أما بالنسبة لمن لا يحسنها فإن عقد النكاح ينعقد باللفظ الذي يؤدي هذا المعنى[٢]. وحجة هذا الرأي أن عقد النكاح ليس كسائر العقود الأخرى، لأنه عقد عظيم الخطر شرع لأغراض عظيمة، كتكوين الأسرة وتكثير النسل، ولما فيه من معنى العبادة لله بتكثير من يعبدونه في العالم[٣]. ولكن الحنفية ومن وافقهم لا يذهبون إلى هذا الرأي، فعندهم لا يقتصر انعقاد النكاح بهذين اللفظين فقط، بل يجوز انعقاده بألفاظ أخرى على معنى الزواج لاحتمالها هذا المعنى ووجود قرينة تنفي عنها إرادة غير معنى الزواج. وهذا الرأي هو ما نرجحه، ذلك أن ما استدل به أصحاب الرأي الأول ليس بالدليل الكافي لما ذهبوا إليه، فالزواج في القرآن الكريم كما ورد بهذين اللفظين ورد أيضاً بغيرهما كالهبة، قال تعالى: ﴿وَٱمۡرَأَةً مُّؤۡمِنَةً إِن وَهَبَتۡ نَفۡسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنۡ أَرَادَ ٱلنَّبِيُّ أَن يَسۡتَنكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ ٱلۡمُؤۡمِنِينَۗ﴾ [الأحزاب: ٥٠]. وأما قولهم أن الزواج فيه معنى العبادة، فهذا قول ضعيف، فإن التصدق والإعتاق أظهر في التعبد من الزواج، ولا خلاف في جوازهما بأي لفظ يظهر إرادة التصدق والإعتاق[٤].

٣٢٦ ـ وأدل الألفاظ على إرادة إنشاء العقد صيغة الفعل الماضي مثل بعت، ورهنت، لدلالتها القاطعة على تحقيق إرادة العاقد، أو هي كما يقول الأستاذ

---

(١) التعبير عن الإرادة، للدكتور وحيد الدين سوار ص ٢٧٥.

(٢) الأستاذ محمد سلام مدكور ص ٥٢٥. الأستاذ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص ٦٦٢.

(٣) الفقه الإسلامي، للدكتور محمد يوسف موسى، ص ٣٢٩.

(٤) الأستاذ محمد سلام مدكور، المرجع السابق، ص ٥٢٥.

الدكتور السنهوري: «إن صيغة الماضي هي المظهر الواضح للتعبير عن الإرادة في مرحلتها النهائية، إرادة قد جاوزت دور التردد والتفكير والمفاوضة والمساومة إلى دور الجزم والقطع والبت والحسم»[1]. أما صيغة المضارع والأمر مثل: أبيعك، وبعني فتصلحان لانعقاد العقد إن اقترن بهما ما يدل على أن المراد هو إنشاء العقد في الحال وليس المراد بهما شيء آخر كالمساومة والوعد ونحو ذلك. ومثل ذلك أيضاً استعمال الجمل الاسمية مثل أنا بائع، أو استعمال كلمة (نعم) في القبول كقول القائل: بعتك، فيقول الآخر: نعم. فالمنظور إليه في الصيغة اللفظية وضوح دلالة الألفاظ على إرادة إنشاء العقد في الحال وصلاحيتها لأن تكون إيجاباً وقبولاً وعدم احتمالها معنى آخر[2].

٣٢٧ ـ التعبير عن الإرادة بغير اللفظ:

وكما ينعقد العقد باللفظ ينعقد بغيره أيضاً بما يدل على إرادة إنشائه. وهذه المظاهر الخارجية غير اللفظ التي تصلح للتعبير عن الإرادة، ومن ثم ينعقد بها العقد، هي: الكتابة، الإشارة، والأفعال، والسكوت، ونتكلم عن كل واحدة منها بكلمة موجزة.

٣٢٨ ـ الكتابة:

الكتابة هي الوسيلة الثانية للتعبير عن الإرادة، فالكتاب كالخطاب، كما يقول الفقهاء، فينعقد بها العقد بأية لغة كانت ما دام العاقدان يفهمانها، وسواء أكان الإيجاب والقبول بهما، أم كان أحدهما كتابة والآخر شفاهاً، وسواء أكان ذلك ممن يستطيع النطق أم ممن لا يستطيعه. ولم يستثن الفقهاء مما قلناه إلا عقد النكاح، فلا ينعقد هذا العقد بالكتابة عند حضور الطرفين إلا عند العجز عن النطق[3]. ولكن إذا كان التعاقد في الزواج بين غائب وحاضر صح الإيجاب بالكتابة على أن يكون القبول باللفظ فلا يكفي فيه الكتابة وحدها[4].

---

(١) مصادر الحق في الفقه الإسلامي للدكتور السنهوري ج١ ص ٨٥.
(٢) الأستاذ علي الخفيف، المرجع السابق، ص ٦٢ ـ ٦٣، وانظر المادة ٧٧ من القانون المدني العراقي.
(٣) الكاساني، المرجع السابق، ج ٥ ص ١٣٨. والأستاذ علي الخفيف، المرجع السابق، ص ٦٣.
(٤) الدر المختار ج٢ ص ٧٢، والأستاذ مدكور، المرجع السابق، ص ٥٣٧.

٣٢٩ ـ الإشارة:

ينعقد العقد بإشارة الأخرس المفهومة سواء أكان خرسه أصلياً بأن ولد هكذا، أم كان طارئاً ووقع اليأس من كلامه[١]. وإذا كان الأخرس يعرف الكتابة، فقد قال بعض الفقهاء بعدم اعتبار إشارته لأن الكتابة أدل على التعبير عن إرادته وهو قادر عليها فلا يتحول عنها إلى الإشارة. وقال البعض الآخر تعتبر إشارته ما دامت مفهومة إذ هي كالكتابة في الدلالة على الإرادة فلا يمنع منها[٢]. أما القادر على النطق، فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم اعتبار إشارته. وعند بعضهم، كالمالكية، تعتبر إشارته لأنها كاللفظ وسيلة صحيحة من وسائل التعبير عن الإرادة[٣].

٣٣٠ ـ الأفعال:

وكما ينعقد العقد بما ذكر من لفظ وكتابة وإشارة، ينعقد أيضاً بفعل يباشره المتعاقدان، أو أحدهما، ما دام ذلك الفعل دالاً على إرادة إنشاء العقد، دون أن يلفظا بإيجاب وقبول. ويكون هذا في البيع فيسمى بيع المعاطاة، كما يكون في الإجارة وغيرهما من ضروب المعاملات المالية[٤]. ومن الأمثلة على ذلك أن يسلمك صاحب الخبز رغيفاً بعد أن تسلمه ثمنه المعروف، أو تدخل الحمام ثم تدفع أجرته، أو تركب سيارة النقل وتدفع أجرتها المقررة فالعقد في هذه الأمثلة ينعقد بفعل يباشره المتعاقدان دون تلفظ بإيجاب وقبول، وقد اختلف الفقهاء في صلاحية الفعل للتعبير عن الإرادة وانعقاد العقد به، فمنهم من منع ذلك، كالشافعية، ومنهم من أجازه بحدود ضيقة جداً كما لو جرى به العرف، كالزيدية، ومنهم من توسع فيه، بل وأجازه مطلقاً، كالحنابلة والمالكية[٥]. وهذا الرأي الأخير

---

(١) الكاساني ج٥ ص ١٣٥.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم وحاشية الحموي ص ١٨٨.

(٣) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي ج٣ ص ٣، ومواهب الجليل للحطاب ج٤ ص ٢٢٩.
انظر مادة ٧٩ من القانون المدني العراقي.

(٤) الدكتور محمد يوسف يوسف، المرجع السابق، ص ٣٣٢، الدكتور وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص ٢٣٤ ـ ٢٣٥.

(٥) الدردير والدسوقي، المرجع السابق ج٣ ص٣، مواهب الجليل للحطاب ج٤ ص ٢٢٨، =

هو ما نرجحه، فالفعل صالح للتعبير عن الإرادة، لأن انعقاد العقود يقوم على توافر إرادتي العاقدين على إنشاء العقد، فكل ما يدل على هذا المعنى دلالة واضحة من قول أو فعل يكفي لانعقاد العقد، وفي هذا يقول الإمام ابن تيمية: «إنها ـ أي العقود ـ تنعقد بكل ما دل على مقصودها من قول أو فعل، فكل ما عده الناس بيعاً وإجارة فهو بيع وإجارة وإن اختلف اصطلاح الناس في الألفاظ والأفعال وانعقد العقد عند كل قوم بما يفهمونه من الصيغ والأفعال وليس لذلك حد مستقر لا في شرع ولا في لغة، بل يتنوع بتنوع اصطلاح الناس كما تتنوع لغاتهم.. ولا يجب على الناس التزام نوع معين من الاصطلاحات في المعاملات ولا يحرم عليهم التعاقد بغير ما يتعاقد به غيرهم إذا كان ما تعاقدوا به دالاً على مقصودهم... إلى أن قال: وقاعدة إن العقود تصح بكل ما دل على مقصودها من قول أو فعل هي التي تدل عليها أصول الشريعة وهي التي تعرفها القلوب وذلك أن الله سبحانه قال: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَىْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ﴾ [النساء: ٤]، فتلك الآية في جنس المعاوضات وهذه من جنس التبرعات ولم تشترط لفظاً معيناً ولا فعلاً معيناً يدل على التراضي وعلى طيب النفس.. إلى أن قال: وأما السنة والإجماع فمن تتبع ما ورد عن النبي ﷺ والصحابة والتابعين من أنواع المبايعات والمؤاجرات والتبرعات فهم ضرورة أنهم لم يكونوا يلتزمون الصيغة من الطرفين.. فمن ذلك أن رسول الله ﷺ بنى مسجده والمسلمون بنوا المساجد على عهده وبعد موته ولم يؤمر أحد أن يقول وقفت هذا المسجد.. وكان يسأل فيعطى أو يعطى من غير سؤال فيقبض المعطى ويكون الإعطاء هو الإيجاب والأخذ هو القبول..»[1].

= الروض النضير ج٣ ص ٢٠٥ ـ ٢٠٦، فتاوى ابن تيمية ج٣ ص ٢٦٧ ـ ٢٦٨. ويلاحظ هنا أن الفقهاء متفقون على عدم جواز انعقاد عقد الزواج بالأفعال ولو من جانب واحد لما يجب فيه من الاحتياط لخطره وعظيم أثره، وتمييزاً له عن المخادنة والسفاح: الأستاذ مذكور، المرجع السابق، ص ٥٤٠، والأستاذ وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص ٢٣٨.

(١) الفتاوى للإمام ابن تيمية ج٣ ص ٢٦٧ ـ ٢٧٤. وانظر أيضاً أعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ج١ ص ١٨٩، ٢٥٢.

٣٣١ ـ السكوت:

الأصل أن التعبير عن الإرادة يكون بشيء إيجابي من لفظ أو كتابة أو إشارة أو فعل على النحو الذي بيناه، ولا يكون التعبير بشيء سلبي محض. ولكن السكوت، في بعض الأحيان، يكون صالحاً للتعبير عن الإرادة، إذا حفت به ظروف وملابسات خاصة، فينعقد العقد على هذا الأساس بإيجاب من أحد طرفي العقد وسكوت من الطرف الآخر. فالسكوت، في هذه الحالات، يصلح للتعبير عن إرادة القابل لا الموجب لأن الإيجاب، كما يقول الدكتور السنهوري، لا يمكن أن يستخلص من محض السكوت[1]. وعلى هذا الأساس جاءت القاعدة الفقهية: «لا ينسب إلى ساكت قول، ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان». ومن أمثلة اعتبار السكوت قبولاً: سكوت البكر عند استئذانها من قبل وليها في الزواج، يعتبر قبولاً منها. وسكوت المتصدق عليه عند إعطائه الصدقة يعتبر قبولاً لها. وسكوت الموقوف عليه يعتبر قبولاً منه للوقف وإن كان يرتد برده[2].

المبحث الثالث

الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة

٣٣٢ ـ عرفنا مما تقدم أن الإرادة هي الأساس في إنشاء العقود. ولكن لما كانت إرادة الإنسان أمراً مستتراً باطنياً لم يكن في الإمكان الاعتماد على هذه الإرادة الباطنة، والتي يسميها الفقهاء بالنية، في إنشاء العقود، وإنما كان الاعتماد في ذلك على ما يدل عليها ويظهرها من لفظ أو فعل وهو ما سميناه بالإيجاب والقبول اللذين يكونان صيغة العقد، وهذه هي الإرادة الظاهرة، وعلى أساسها يتكون العقد في الخارج وتترتب عليه آثاره. وإنما كان التعويل على هذه الإرادة الظاهرة في إنشاء العقود لأنها تعبر عن الإرادة الباطنة وتكشفها، ولهذا وجب أن تكون مطابقة لها تماماً حتى ينشأ العقد.

---

(١) مصادر الحق للسنهوري ج١ ص ١٣٠.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم وحاشية الحموي ص ٧٨، ٧٩.

٣٣٣ ـ ولكن قد يحدث أن يصدر عن الشخص قول، أو ما يقوم مقامه، ولا يعبر هذا القول عن إرادة صحيحة يعتد بها، أو لا يطابق هذا القول الإرادة الباطنة. فهل نعتبر في هذه الحالة القول، أي العبارة، أو ما يقوم مقامها، ونحكم بنشوء العقد، أم نهدر هذه العبارة ونعتد بالإرادة الباطنة وعلى أساسها نحكم بنشوء العقد أو عدم نشوئه؟ للجواب على هذا السؤال لا بد من بيان الحالات التي يظهر فيها عدم مطابقة العبارات للإرادة الباطنة، أو يوجد في إحداهما خلل مع بيان حكم كل حالة على حدة:

٣٣٤ ـ الحالة الأولى:

إذا صدرت العبارة من غير قصد إلى التلفظ بها، كما في عبارة النائم والمجنون والصبي غير المميز، ففي هذه الحالة لا عبرة بها ولا ينشأ بها عقد، إذ لا إرادة لهؤلاء وإنما اعتبرت العبارة لكونها دليلاً معبراً عما في النفس، فإذا لم توجد إرادة باطنة لا تكون لها دلالتها فينتفي عملها وتهمل[1].

أما عبارة السكران، فإن كان سكره بطريق مباح كما لو شرب المسكر جهلاً به أو اضطراراً أو إكراهاً، ففي هذه الحالة لا تعتبر عبارته. ولكن إذا كان سكره بتناول المسكر عن علم به فقد اختلف الفقهاء في اعتبار عبارته. فذهب بعضهم إلى اعتبارها وانعقاد العقد بها عقوبة له وزجراً. وذهب البعض الآخر إلى إهدارها وعدم الاعتداد بها، لأن السكران لا قصد له فلا تكون عبارته معبرة عن إرادة فتهمل وتعتبر لغواً لا قيمة لها. وهذا القول الراجح[2].

---

(١) الأستاذ علي الخفيف، المرجع السابق، ص ٦٤.

(٢) انظر أدلة القولين بشيء من التفصيل في: زاد المعاد ج٢ ص ٢٠٢ ـ ٢٠٣، أعلام الموقعين ج٤ ص ٤٠ ـ ٤٢، المغني ج٧ ص ١١٣ ـ ١١٤، المهذب للشيرازي ج٢ ص ٨٢، المحلى لابن حزم ج١٠ ص ٢٠٩ ـ ٢١١، البدائع للكاساني ج٣ ص ٦٩، كشف الأسرار ج٤ ص ٤٧٤، التلويح ج٢ ص ١٨٥ ـ ٨٦، مختصر الطحاوي ص ٢٨٠، الخلاف للطوسي ج٢ ص ٤٥٤، المختصر النافع ص ٢٢١.

٣٣٥ ـ الحالة الثانية:

إذا صدرت العبارة مع قصد التلفظ بها من غير فهم لمعناها كما لو لقن أعجمي عبارة باللغة العربية تفيد بالإيجاب فقال الآخر: قبلت. ففي هذه الحالة لا تكون لعبارة الأعجمي قيمة ولا تعتبر إيجاباً إذ ليس وراءها إرادة تعبر عنها، فلا يعتد بها ولا ينعقد بها عقد ولا تصرف.

٣٣٦ ـ الحالة الثالثة:

إذا صدرت العبارة مع قصد التلفظ بها وفهم معناها ولكن من غير قصد لإنشاء عقد بها وإنما لغرض آخر كالحفظ والتعليم، ففي هذه الحالة تهمل هذه العبارة ولا ينعقد بها أي تصرف.

٣٣٧ ـ الحالة الرابعة:

صدور العبارة خطأ: أي من غير قصد التلفظ بها ولا إرادة معناها، إذ الخطأ هو وقوع الشيء على غير إرادة من وقع منه. كما لو أراد رجل أن يقول لزوجته أنت عالمة فجرى على لسانه على غير قصد منه أنت طالقة[1]. في هذه الحالة تهمل العبارة وتعتبر لغواً، لأن اللفظ إنما اعتبر لدلالته على قصد المتكلم وإرادته لمعناه وموجبه، فإذا انتفى هذا القصد كان الكلام لغواً لا قيمة له[2]. ويؤيد هذا الرأي الحديث الشريف: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»[3].

٣٣٨ ـ الحالة الخامسة:

صدور العبارة على سبيل الهزل: بمعنى أن الشخص يتكلم بالعبارة قاصداً التلفظ بها من غير إرادة إنشاء عقد بها. فالهازل يتكلم بالكلام باختياره وهو عالم بمعناه من غير قصد لموجبه أي من غير إرادة الحكم المترتب عليه[4]. وقد اختلف الفقهاء في

---

(١) الأستاذ أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٧٨.

(٢) تحفة المحتاج لابن حجر ج٣ ص ٣٦٦ ـ ٣٦٨، أعلام الموقعين ج٣ ص ٥٥ وج٤ ص ٧٢، منهاج الصالحين للمجتهد محسن الحكيم ص ١٨٢.

(٣) سبل السلام للصنعاني ج٣ ص ٢٣.

(٤) كشف الأسرار، شرح أصول البزدوي، ج٤ ص ١٤٧٧.

صحة عبارة الهازل، فذهب بعضهم إلى صحتها وانعقاد العقد بها في التصرفات التي لا يبطلها الهزل وهي النكاح والطلاق والرجعة والعتاق، لورود الحديث فيها، وهو «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح والطلاق والرجعة ـ وفي رواية ـ والعتاق». وما عدا هذه التصرفات، من سائر العقود، فإنها تبطل بالهزل. أي لا تنعقد بعبارة الهازل. وذهب البعض الآخر من الفقهاء إلى صحة عبارة الهازل وانعقاد جميع العقود بها قياساً على صحة عبارته في العقود والتصرفات التي لا يبطلها الهزل. ومن فرق بين النوعين احتج بالحديث الذي ذكرناه واقتصاره على هذه التصرفات فقط، وبأن في هذه التصرفات المستثناة حقاً لله تعالى وما كان كذلك لا يجوز لأحد أن يهزل فيه، فإذا جاء بالعبارة التي من شأنها إفادة إنشاء هذه التصرفات، نشأ التصرف وثبت الحكم وإن لم يقصده كما لو نطق بكلمة الكفر، لأن الإنسان لا يجوز له أن يهزل مع ربه ولا بآياته، وهذا بخلاف التصرفات المالية التي هي محض حق العباد فإنها تفسد بالهزل ولا يثبت بها حكم ولا ينعقد بها عقد لعدم قصد الهازل بعبارته إنشاء عقد، ولأن الإنسان قد يهزل مع غيره فلا يثبت الحكم ولا ينعقد العقد بغير قصده ورضاه[1]. وهذا القول هو الراجح.

٣٣٩ ـ الحالة السادسة:

صدور العبارة بالإكراه. والإكراه هو حمل الغير على أمر يمتنع عنه بتهديده بأذى لا يحتمله ويقدر الحامل على إيقاعه ويصير الغير خائفاً به[2]. وعبارة المكره إذا ما توافرت شروط الإكراه ـ لا قيمة لها عند جمهور الفقهاء لأنها لم تصدر عن قصد صحيح وإرادة سليمة، وأنها صدرت بقصد دفع الأذى عن قائلها. وعند الحنفية تعتبر عبارة المكره وينعقد بها العقد وتترتب عليه آثار في العقود والتصرفات التي لا يبطلها الهزل وهي النكاح والطلاق والرجعة والعتاق، أما في غير هذه التصرفات فقد ذهب الأحناف إلى عدم اعتبارها صحيحة فلا تترتب عليه آثارها في هذه الحال

---

(١) المدونة الكبرى ج٢ ص ١٦١، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣؛ أعلام الموقعين ج٣ ص ١٠٩ ـ ١١١.

(٢) كشف الأسرار ج٤ ص ١٥٠٣.

ولكن إذا أجازها المكره بعد زوال الإكراه ترتبت عليه آثارها[1]. وقول الجمهور هو الراجح.

٣٤٠ ـ الحالة السابعة:

إذا صدرت العبارة وهي تفيد بوضعها إنشاء عقد معين ولكن قصد بها القائل إنشاء عقد آخر وقامت القرائن على هذا القصد، ففي هذه الحالة تكون العبارة معتبرة وينعقد بها العقد المقصود لأن العبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ والمباني. وعلى هذا لو قال شخص لآخر: وهبتك فرسي بمئة دينار وقال الآخر: قبلت كان العقد بيعاً لا هبة.

٣٤١ ـ الحالة الثامنة:

إذا صدرت العبارة بقصد إنشاء العقد الذي تفيده هذه العبارة ولكن بقصد تحقيق غرض مباح شرعاً كما لو باع عنبه لمن يعصره خمراً، أو باع السلاح لقطاع الطرق أو المتمردين العصاة. فمن الفقهاء من غلب جانب الإرادة الظاهرة، أي العبارة، وقال بانعقاد العقد إذا ما توافرت أركان العقد وشروطه. ومن الفقهاء من غلب جانب الإرادة الباطنة فأبطل العقد لبطلان هذه الإرادة المتجهة إلى تحقيق غرض غير مشروع ولم يعتد بالمظهر الخارجي للعقد.

وحجة القائلين بتغليب الإرادة الظاهرة، أن الأحكام في الدنيا تبنى على ما يظهره الإنسان لا على ما يبطنه أي على ظاهر ألفاظه وعبارته لا على نيته وباعثه على إنشاء العقد، فنحن يجب أن نحكم بالظاهر والله يتولى السرائر، وفي هذا يقول الإمام الشافعي، وهو يحتج لهذا القول: «أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحاً في الظاهر لم أبطله بتهمة ولا بعادة من المتبايعين وأجزته بصحة الظاهر، وأكره لهما النية إذا كانت النية لو ظهرت كانت تفسد البيع»[2].

---

(١) الأستاذ علي الخفيف، المرجع السابق، ص ٦٧ ـ ٦٨. وانظر تفصيل أدلة القولين في: الأم للشافعي ج٣ ص ٢٠، وأعلام الموقعين ج٣ ص ١٠٨ وج٤ ص ٤٣ ـ ٤٤، والكاساني ج٧ ص ١٨٢ ـ ١٨٤، وزاد المعاد ج٢ ص ٢٠٠، المغني ص ١١٨، المهذب ج٢ ص ٨٣، الخلاف للطوسي ج٢ ص ٤٥٣، منهاج الصالحين ج٢ ص ١٨٢.

(٢) الأم للشافعي ج ٣ ص ٦٥، وانظر أيضاً الأم ج٥ ص ٧١، وج٦ ص ٢٢.

وحجة القائلين بتغليب الإرادة الباطنة أن النيات في العقود لا يجوز إغفالها ولا إهدارها، لأن المقاصد معتبرة في العقود والتصرفات كما هي ـ معتبرة في العادات، وعلى هذا دل القرآن، كما في قوله تعالى في النهي عن وصية الضرار ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ غَيۡرَ مُضَآرّٖ﴾ [النِّساء: ١٢] فإذا أوصى ضراراً كان ذلك حراماً وكان لورثته إبطال هذه الوصية وحرم على الموصى له أخذ الموصى به بدون رضاهم. ومن السنة «إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى.. إلخ» فهذا الحديث أصل في إبطال الاحتيال والوصول إلى المحرمات والأغراض الفاسدة بالعقود والتصرفات التي ظاهرها الحل والصحة. ويؤيد هذا الرأي أيضاً أن الألفاظ إنما اعتبرت لدلالتها على المقاصد، فإذا ظهر القصد كان الاعتبار له وتقيد اللفظ به وترتب الحكم على أساسه. أما إذا لم يظهر القصد وظل الباعث مستتراً فإن الواجب في هذه الحالة التقيد بالظاهر وحمل الكلام على ما يدل عليه هذا الظاهر(١).

القول الراجح:

والراجح من القولين هو القول الثاني، فالعبرة بالإرادة الباطنة لا بالإرادة الظاهرة إذا ما ظهرت وانكشفت، وعلى هذا دلت السنة النبوية، فقد جاء في الحديث الذي رواه الإمام البخاري عن أبي حميد الساعدي أنه قال: استعمل رسول الله ﷺ رجلاً على صدقات بني سليم يدعى ابن اللتبية. فلما رجع قال للنبي ﷺ: هذا ما جبيته من الزكاة وهذا أهدي إليَّ. فقال النبي ﷺ ما معناه: فهلا جلست في بيت أبيك وأمك حتى تأتيك هديتك. ثم قام النبي ﷺ خطيباً فحمد الله وأثنى عليه ثم قال: أما بعد فإني أستعمل الرجل منكم على العمل مما ولاني الله فيأتي فيقول: هذا مالكم وهذا هدية أهديت لي، أفلا جلس في بيت أبيه وأمه حتى تأتيه هديته. والله لا يأخذ أحد منكم شيئاً بغير حقه إلا لقي الله يحمله يوم القيامة..

---

(١) إغاثة اللهفان ج٢ ص ٢٩٥، إقامة الدليل على إبطال التحليل لابن تيمية ص ٢٢ وما بعدها، أعلام الموقعين ج٣ ص ٨٤.

إلخ[1]. ففي هذا الحديث أكبر الدلالة على اعتبار دلالة الحال على النية المستترة والباعث الخفي ولو لم يدل عليه لفظ في العقد.

وقد ترتب على هذا الخلاف بين القولين خلاف في أحكام بعض المسائل، من ذلك: نكاح المريض مرض الموت بقصد الإضرار بالورثة بإدخال وارث جديد عليهم. فهي لا ترث من زوجها أخذاً بالنية حسب الرأي الثاني، وترث أخذاً بالإرادة الظاهرة حسب الرأي الأول. وكذلك بيوع الآجال كمن يبيع سلعة بثمن مؤجل ثم يشتريها من مبتاعها بثمن أقل من الأول نقداً، فهو صحيح إذا أخذنا بالإرادة الظاهرة، وباطل إذا أخذنا بالإرادة الباطنة. ومثله أيضاً نكاح المحلل باطل إذا أخذنا بالنية وصحيح إذا لم نأخذ بها[2].

(١) صحيح البخاري ج٩ ص ٢٨، وفتح الباري بشرح صحيح البخاري للعسقلاني ج١٣ ص ١٤٤.

(٢) انظر في هذه المسائل ونحوها: شرح الزرقاني على موطأ مالك، وتنوير الحوالك شرح موطأ مالك للسيوطي ج١ ص ٧، والمدونة الكبرى ج٢ ص ١٣٣، ١٧١، وج٣ ص ٣٩٩ وما بعدها، والمحلى ج٩ ص ٢٩ وج١٠ ص ٢٥ وما بعدها، والمقدمات لابن رشد ج٣ ص ١٨١ ـ ١٨٢، وبداية المجتهد ج١ ص ١١٧ ـ ١١٩، والمغني ج٦ ص ٣٢٦، وكشاف القناع ج٢ ص ٥، وج٣ ص ٥١، وإبطال التحليل لابن تيمية ص ٤ ـ ٦، وسبل السلام ج٣ ص ٥٢، والأم ج٣ ص ٣١ ـ ٣٢.

الفصل الثاني

محل العقد

٣٤٤ ـ محل العقد:

هو ما وقع عليه التعاقد ويظهر فيه أثر العقد وأحكامه. وهو يختلف باختلاف العقود، فقد يكون عيناً مالية كما في بيع ساعة أو سيارة في عقد البيع، وقد يكون منفعة، كمنفعة الدار المستأجرة في عقد الإجارة. وقد يكون عملاً كما لو تعاقد شخص مع طبيب على إجراء عملية، وكما في عمل المزارع والمضارب في عقد المزارعة وعقد المضاربة.

٣٤٣ ـ شروطه:

يشترط في الشيء ليصلح أن يكون محلاً للعقد جملة شروط، ذكرها الفقهاء، وكلها ترجع، في الحقيقة إلى قابلية المحل لحكم العقد شرعاً، وإلى خلوه من كل ما يفضي إلى نزاع بين طرفي العقد. وهذه الشروط، على ما ذكرها الفقهاء، هي:

٣٤٤ ـ أولاً: أن يكون قابلاً لحكم العقد شرعاً:

ذلك أن لكل عقد أحكاماً وآثاراً معينة تظهر في المعقود عليه، أي في المحل، فإذا لم يكن قابلاً لها كان العقد باطلاً. وعدم قبول المحل لحكم العقد يرجع إلى نهي الشارع عنه، كما في نهيه عن بيع الميتة مطلقاً، وعن التعامل بالخمر والخنزير بالنسبة للمسلمين[١]، وكنهيه عن نكاح المحرمات على وجه التأبيد مثل زواج الأخ بأخته والابن بأمه، وقد يرجع إلى أن حكم العقد يتنافى وطبيعة هذا المحل أو لما خصص له، فالخضراوات التي يتسارع إليها الفساد لا تصلح أن تكون رهناً لأن

---

(١) أما بالنسبة لغير المسلمين فإن الخمر والخنزير مال متقوم يجوز التعامل فيه: كتابنا أحكام الذميين والمستأمنين ص ٥٦٧.

حكم الرهن، وهو حبس المرهون لإمكان استيفاء الدين منه عند عدم الأداء، لا تقبله هذه الأموال[1]، وكذا الأنهار العامة والطرق العامة لا تصلح أن تكون محلاً لعقد البيع مثلاً لمنافاة حكم هذا العقد لما خصصت له هذه الأموال العامة.

٣٤٥ ـ ثانياً: وجوده حين العقد:

وهذا الشرط في الحقيقة ليس على إطلاقه ولا هو عند جميع الفقهاء، إذ أن فيه اختلافاً وتفصيلاً. وجملة القول فيه أن المعدوم الذي يستحيل وجوده في المستقبل لا يصلح أن يكون محلاً للعقد ولا خلاف في هذا، كما لو تعاقد شخص مع آخر على حصاد زرعه أو تلقيح نخله أو نقل أثاثه، فتبين أن الزرع أو النخل أو الأثاث قد احترق قبل العقد[2]، وفي هذه الحالة يكون العقد باطلاً ولا يترتب عليه أثر، وبهذا أخذ القانون المدني العراقي[3]. ولا يشترط وجود المحل عند التعاقد إذا كان منفعة، وإنما الشرط إمكان وجودها في المستقبل[4]. ويعلل الفقهاء عدم اشتراط وجود المنفعة عند العقد بأن المنفعة بطبيعتها لا تحدث دفعة واحدة، وإنما تحدث آناً بعد آن وشيئاً بعد شيء، ولهذا صحت عقود الإجارة والمزارعة والمغارسة ونحو ذلك مع عدم وجود المنفعة محل هذه العقود وقت التعاقد، ولا خلاف في هذا أيضاً بين الفقهاء. ولكن إذا كان محل العقد عيناً مالية فقد اختلف الفقهاء في شرط وجودها عند العقد، فذهب أكثر الفقهاء إلى اعتبار هذا الشرط في جميع العقود، معاوضات كانت أو تبرعات إلا ما استثني كبيع السلم، والقاعدة عندهم هي: بيع المعدوم لا يجوز. والحجة لهذا الرأي أن للعقد آثاره تظهر في المعقود عليه، ولا يمكن أن تظهر هذه الآثار في معدم لا وجود له. وكذلك لا يصح عندهم بيع ما لا

---

(١) الأستاذ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص ٣٠١.

(٢) الأستاذ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص ٣٠٢.

(٣) نصت الفقرة الأولى من المادة ١٢٧ من القانون المدني العراقي على أنه «إذا كان محل الالتزام مستحيلاً استحالة مطلقة كان العقد باطلاً».

(٤) جاء في المادة ١٢٦ من القانون المدني العراقي: «ويصح أن يكون المحل مالاً، عيناً كان أو ديناً أو منفعة..».

يتيقن وجوده، أي ما له خطر العدم، فلا يجوز بيع اللبن في الضرع، ولا نتاج الحيوان قبل الولادة ولا الثمر قبل ظهوره، لأن محل العقد، في هذه الحالات، غير موجودة على وجه اليقين، بل هو على خطر العدم، فلا يجوز التعاقد عليه[١].

وعند بعض الفقهاء كالمالكية يجوز أن يكون المعدوم محلاً للعقد بشرط إمكان وجوده في المستقبل، وهذا في عقود التبرعات كالهبة والوقف، والعلة في هذا الجواز عدم إفضائه إلى النزاع. كما أجازوا بيع المخضرات بظهور بعضها كالباذنجان والبطيخ، وعللوا ذلك بأنها لا تظهر دفعة واحدة وإنما تظهر شيئاً بعد شيء فلو لم يجز بيع الكل عند ظهور البعض لوقع الناس في الحرج، والحرج مرفوع بحكم الشريعة[٢]. وعند الحنابلة، لا سيما شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم، يجوز أن يكون محل العقد معدوماً وقت التعاقد إذا لم يكن فيه غرر أي إذا كان مقدور التسليم، فالغرر، أي عدم القدرة على التسليم، هو المانع من صلاحية الشيء للتعاقد عليه لا كونه معدوماً. والشارع نهى عن بيع الغرر، سواء أكان المبيع موجوداً أو معدوماً، فإذا كان المعدوم ممكن الوجود عادة في المستقبل ويقدر على تسليمه جاز أن يكون محلاً للعقد. وإذا كان موجوداً وقت العقد ولا يقدر على تسليمه لم يصح التعاقد عليه. وعلى هذا أباح الشارع الإجارة والمساقاة وبيع التمر قبل بدو صلاحه لعدم الغرر فيه. ولم يجز بيع الحيوان الشارد الذي لا يقدر على تسليمه وإن كان موجوداً وقت العقد. فالعلة إذن الغرر لا كون الشيء موجوداً أو معدوماً. وما ورد عن النبي ﷺ من النهي عن بيع المعدوم كما في حديث: «لا تبع ما ليس عندك» محمول على عدم القدرة على التسليم لا على كونه معدوماً[٣]. وهذا هو الذي يبدو راجحاً. وبه أخذ القانون المدني العراقي[٤].

---

(١) الدكتور محمد يوسف موسى، المرجع السابق، ص ٣٥٧.

(٢) بداية المجتهد ج٢ ص ١٣٠، والدكتور محمد يوسف موسى، المرجع السابق، ص ٣٥٧.

(٣) القياس لابن تيمية ص ٣، وأعلام الموقعين ج١ ص ٣٥٧ وما بعدها.

(٤) الفقرة ١ من المادة ١٢٩ من القانون المدني العراقي: «يجوز أن يكون محل الالتزام معدوماً وقت التعاقد إذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعين تعييناً نافياً للجهالة والضرر».

٣٤٦ ـ ثالثاً أن يكون معلوماً:

ويشترط في المحل أن يكون معروفاً لدى العاقدين، بحيث لا تكون فيه جهالة تفضي إلى النزاع، لأن الشريعة الإسلامية تحرص على سد منافذ النزاع وأسبابه بين المتعاقدين، ولهذا اشترطت أن يكون معلوماً. ويتحقق العلم بالمحل بتعيينه بالإشارة أو بالرؤية، أو ببيان جنسه ونوعه ووصفه إذا كان من الأموال المثلية. فإذا لم يكن معلوماً لدى العاقدين أو كانت فيه جهالة فاحشة كالجهالة بجنس المحل أو نوعه أو وصفه، كما لو قال: بعتك مالاً أو حيواناً أو ساعة أو حنطة أو راديو ونحو ذلك كان المحل مجهولاً جهالة فاحشة فلا ينعقد العقد. وقد أخذ القانون المدني العراقي بهذا الشرط فاشترط أن يكون محل العقد معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالإشارة إليه أو ببيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره إن كان من المقدرات أو بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة. فإن لم يتعين على هذا الوجه كان العقد باطلاً[١]. ولكن لو كانت الجهالة بالمحل يسيرة لا تفضي إلى النزاع وجرى العرف بالتسامح فيها لم تؤثر في انعقاد العقد، كما لو باع مئة برتقالة من نوع معين، أو مئة بيضة دجاجة من النوع الكبير مع تفاوت يسير في أحجامها[٢]. وهذا الشرط لا يختلف فيه الفقهاء في عقود المعاوضات كالبيع. ولكنهم يختلفون في اشتراطه في عقود التبرعات، فمنهم من يشترطه فيها كالشافعية، ومنهم من لم يشترطه فيها كالحنفية والمالكية، وهذا الرأي هو الراجح، لأن الجهالة في التبرعات لا تفضي إلى النزاع عادة؛ لأنها تبرع وإحسان صرف كما يقول الإمام القرافي[٣]. وعلى هذا الرأي تجوز هبة البعير الشارد والوصية بسهم من المال[٤].

٣٤٧ ـ رابعاً: أن يكون مقدوراً على تسليمه:

وهذا الشرط معقول، لأن الغرض من التعاقد وصول كل عاقد إلى ما يترتب

---

(١) المادة ١٢٨ من القانون المدني العراقي.
(٢) الأستاذ محمد سلام مدكور، المرجع السابق، ص ٤٠٥.
(٣) الفروق للقرافي ج١ ص ١٤٩.
(٤) الكاساني ج٤ ص ١٧٩.

على العقد، أي تسلم محله، فيشترط أن يكون هذا المحل مقدوراً على تسليمه من قبل الملتزم بالتسليم وقت التعاقد لأن الأصل في العقود ترتب آثارها بعد انعقادها. وهذا الشرط لا خلاف فيه بين الفقهاء في عقود المعاوضات. أما في عقود التبرعات، فبعض الفقهاء كالمالكية لم يشترطه لأن العجز عن التسليم لا يؤدي إلى النزاع ولا ضرر فيه على الطرف الآخر. وعلى هذا يجوز هبة البعير الشارد على هذا الرأي، ولكن لا يجوز، بالاتفاق، بيع البعير الشارد ولا بيع الطير في الهواء ولا السمك في الماء، ولا بيع المال المباح لأن الناس فيه سواء ولا اختصاص لأحد فيه قبل إحرازه وتملكه لعدم القدرة على تسليم هذه الأشياء التي جرى عليها التعاقد[1].

(١) الكاساني ج٥ ص ١٤٦، ١٤٧، كشاف القناع ج٢ ص ١٥.

الفصل الثالث

العاقد

٣٤٨ ـ تمهيد:

العاقد هو الذي يباشر العقد ويصدر عنه بالإيجاب أو القبول. وليس كل إنسان يصلح أن يكون عاقدًا ويعتبر إيجابه وقبوله. فمن الناس من لا قيمة لعبارته، فلا ينعقد بها عقد ولا يترتب عليها أثر. ومنهم من تعتبر عبارته في بعض العقود والتصرفات دون البعض الآخر، وبموافقة إرادة أخرى أو بدون هذه الموافقة. ومنهم من تصح عبارته في جميع العقود والتصرفات على وجه الاستقلال أي بدون توقف على موافقة الآخرين. واختلاف الناس في ذلك يرجع إلى مدى تمتعهم بالأهلية والولاية، فمن فقدهما لم يكن لعبارته أي اعتبار، ومن نقصت فيه إحداهما أو كلاهما كان لعبارته اعتبار ناقص، ومن توافرت فيه على وجه الكمال والتمام اعتبرت عبارته الاعتبار الكامل في جميع العقود والتصرفات. فلا بد إذن، من الكلام عن الأهلية أولاً، ثم عن الولاية ثانياً، مع بعض ما يتعلق بهما من أبحاث.

المبحث الأول
الأهلية

٣٤٩ ـ الأهلية في اللغة: الصلاحية، يقال فلان أهل لكذا إذا كان صالحاً للقيام به. وفي الاصطلاح الفقهي تنقسم الأهلية إلى أهلية وجوب وأهلية أداء.

٣٥٠ ـ أهلية الوجوب:

هي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه[1]، أي صلاحيته لأن

(١) شرح المنار لابن ملك وحاشية الرهاوي ص ٩٣٨.

تثبت له الحقوق وتجب عليه الواجبات. وتثبت هذه الأهلية للإنسان بناء على ثبوت الذمة له. والذمة في اللغة العهد، قال تعالى: ﴿لَا يَرْقُبُونَ فِي مُؤْمِنٍ إِلًّا وَلَا ذِمَّةً﴾ [التّوبَة: ١٠] وسمي غير المسلمين المقيمين في دار الإسلام على وجه الدوام بناء على عهد بينهم وبين الدولة الإسلامية بأهل الذمة، أي أهل عهد. والذمة تثبت لكل إنسان حي، فما من مولود يولد إلا وله ذمة وبالتالي تكون له أهلية وجوب[١]. وعلى هذا يمكن القول إن أساس أهلية الوجوب هو حياة الإنسان. وأهلية الوجوب معناها الفقهي تعرف عند رجال القانون: «بالشخصية القانونية» وهي ثابتة لكل إنسان ويعرفونها بأنها صلاحية الإنسان لأن تكون له حقوق وعليه واجبات[٢]. وتعريفهم هذا يماثل تعريفها عند الفقهاء.

٣٥١ ـ أهلية الأداء:

هي صلاحية الإنسان لأن يطالب بما له من حق وأن يطالب بما عليه من حق الغير، وأن تعتبر عبارته في إنشاء العقود وتترتب عليها آثارها الشرعية[٣]. وأساس هذه الأهلية هو العقل والتمييز لا الحياة. ويراد بالتمييز معرفة معاني الألفاظ التي تنشأ بها العقود، وآثار تلك العقود والغبن فيها من فاحش أو يسير، ولا اعتداد بشيء من ذلك إلا لمن بلغ السابعة من عمره، أما قبل هذه السن فلا اعتبار لعقله ولا لتمييزه[٤].

٣٥٢ ـ الأهلية الكاملة والأهلية الناقصة:

كل من أهلية الوجوب والأداء قد تكون ناقصة وقد تكون كاملة نظراً للأدوار التي يمر بها الإنسان في حياته من مبدأ تكوينه إلى كمال عقله وتمييزه. وهذه الأدوار هي دور الجنين، ودور الانفصال إلى التمييز، ودور التمييز إلى البلوغ، ودور البلوغ من الرشد، ونتكلم فيما يلي عن نوع الأهلية التي تثبت للإنسان في كل دور من هذه الأدوار.

---

(١) شرح أصول البزدوي ج٤ ص ٣٥٧، وشرح المنار ص ٩٣٨.

(٢) المدخل للقانون الخاص للدكتور عبد المنعم البدراوي ص ٥٨.

(٣) شرح مرقاة الأصول ج٢ ص ٤٣٤، وأصول الفقه للأستاذ عبد الوهاب خلاف ص ١٥٠.

(٤) الأستاذ علي الخفيف، المرجع السابق، ص ٨٤.

٣٥٣ ـ الدور الأول ـ دور الجنين:

الجنين في بطن أمه قد ينظر إليه كجزء من أمه يقر بقرارها وينتقل بانتقالها فنحكم بعدم ثبوت الذمة له وبالتالي تنتفي عنه أهلية الوجوب. وقد ينظر إليه من جهة كونه نفساً مستقلاً ومنفرداً عن أمه بالحياة ومتهيئاً للانفصال عنها وصيرورته إنساناً مستقلاً فنحكم له بوجود الذمة وبالتالي تثبت له أهلية الوجوب. وقد لوحظت فيه هاتان الجهتان فلم يثبت له الفقهاء ذمة كما لم ينفوا عنه الذمة مطلقاً وإنما أثبتوا له ذمة ناقصة صالحة لاكتساب بعض الحقوق فقط وبذلك تكون للجنين أهلية وجوب ناقصة تجعله صالحاً لاكتساب بعض الحقوق وهي التي لا يحتاج في ثبوتها إلى القبول كالميراث والوصية والاستحقاق في غلة الوقف. أما الحقوق التي تحتاج إلى قبول، كالهبة، فإنها لا تثبت له وإن كانت نفعاً محضاً، لأنه ليس له عبارة وليس له ولي يقوم مقامه في القبول. ولا يجب عليه أي حق لنقصان أهليته كما قلنا. وهذه الأهلية الناقصة تثبت للجنين بشرط أن يولد حياً. أما أهلية الأداء فلا وجود لها أصلاً؛ إذ لا يتصور صدور أي تصرف منه لعجزه الكامل ولقيامها بالعقل والتمييز وهما منتفيان عن الجنين.

٣٥٤ ـ الدور الثاني ـ دور الانفصال إلى سن التمييز[1]:

الجنين متى ما انفصل حياً تثبت له ذمة كاملة فتثبت له أهلية وجوب كاملة فتجب له وعليه الحقوق. وكان ينبغي أن تجب عليه الحقوق كلها لكمال أهلية الوجوب فيه. ولكن لما كان وجوب الحق على الإنسان ليس مقصوداً لذات الوجوب، بل المقصود حكمه وهو الأداء، فكل حق يمكن أداؤه عن الصبي يجب عليه، وما لا يمكن أداؤه عنه لا يجب عليه[2]. فحقوق العباد المالية كضمان المتلفات ونفقة

(١) سن التمييز مقدرة عند الفقهاء ببلوغ الصغير السنة السابعة من عمره، وهذا التقدير لغرض ضبط الأحكام، وربما كان أساسه ما جاء في الحديث الشريف بشأن أمر الصغار بالصلاة: مروهم لسبع واضربوهم لعشر..

وقد جعل القانون العراقي، وكذا المصري سن التمييز بلوغ السابعة.

(٢) شرح التلويح على التوضيح ج٢ ص ١٦٣.

الأقارب ونحو ذلك تجب على الصغير لأن أداءها يحتمل النيابة فيؤديها الولي نيابة عن الصغير. وما كان من حقوق العباد عقوبة كالقصاص لا يجب على الصغير لأن العقوبات لا تحتمل النيابة فلا يمكن أن يعاقب الولي نيابة عن الصغير، فضلاً عن أن فعل الصغير لا يوصف بالإجرام فلا يثبت فيه العقاب. أما أهلية الأداء فمعدومة تماماً لانعدام ما تقوم به وهو التمييز بالعقل، فلا يطالب الصغير بأداء ما ثبت عليه من حق وإنما يطالب وليه بالأداء. ولعدم أهلية الأداء عند الصغير لا ينشأ عن عبارته أي عقد أو التزام، وهذا ما نص عليه القانون المدني العراقي وكذلك المصري[١].

٣٥٥ ـ الدور الثالث ـ دور التمييز إلى البلوغ:

ويبدأ هذا الدور ببلوغ الصغير سن السابعة من عمره. والمقصود بالتمييز معرفة معاني الألفاظ التي تنشأ بها العقود، وإدراك الغبن فيها، فإن لم يتيسر له ذلك لم يكن مميزاً، كما لا يعد مميزاً قبل بلوغه السابعة وإن أدرك شيئاً من ذلك[٢]. وينتهي هذا الدور بالبلوغ ويعرف بالعلامات الطبيعية إن وجدت وإلا ببلوغ تمام الخامسة عشرة من عمره عند جمهور الفقهاء. وفي هذا الدور تثبت للصغير أهلية أداء ناقصة لنقصان عقله. ويترتب على هذه الأهلية صحة تصرفاته النافعة له نفعاً محضاً كقبوله الهبة والوصية. ولا تعتبر تصرفاته الضارة به ضرراً محضاً وهي التي يترتب عليها خروج شيء من ملكه دون مقابل كالهبة والوصية، وإن أجازها الولي، لأن الإجازة اللاحقة تلحق بالعقود الموقوفة لا العقود الباطلة، ولأن الولي لا يملك إيقاع مثل هذه التصرفات نيابة عن الصغير فلا يملك إجازتها. وأما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر بطبيعتها، كالبيع والإجارة، فإنها تنعقد من الصغير باعتبار تمتعه بأصل أهلية الأداء ولكن لا تعتبر نافذة لنقصان هذه الأهلية، وتنفذ إذا أجازها ولي الصغير، وتبطل إذا لم يجزها. وإذا أذن الولي الصغير المميز بمباشرة أعمال التجارة، متى ما أنس منه قدرة على ذلك، كانت تصرفاته معتبرة فيما وقع الإذن

---

(١) المادة ٩٦ من القانون المدني العراقي، والمادة ١١٠ من القانون المدني المصري.
(٢) الأستاذ علي الخفيف، المرجع السابق، ص ٨٧.

فيه، لأن الإذن السابق على التصرف بمنزلة الإجازة اللاحقة له بعد وقوعه، وهذا ما أخذ به القانون المدني العراقي وكذلك المصري(١).

٣٥٦ ـ الدور الرابع ـ البلوغ مع الرشد:

إذا بلغ الإنسان عاقلاً رشيداً ثبتت له أهلية أداء كاملة، وصحت منه جميع العقود والتصرفات دون توقف على إجازة أحد. والمقصود بالرشد، حسن التصرف في المال وتثميره، وليس له سن معينة فقد يحصل مع البلوغ وقد يتأخر عنه، وقد يتقدم عليه ولكن لا اعتبار له قبل البلوغ، وهو يعرف بالمعاملة والتجربة.

المبحث الثاني
عوارض الأهلية

تمهيد:

٣٥٧ ـ إذا بلغ الإنسان رشيداً كانت أهلية الأداء فيه كاملة كما قلنا، ولكن قد يعرض له ما يؤثر فيها فتزول معه أو تنقص. وقد يعرض له ما لا يؤثر فيها ولكنه يستتبع الحد من تصرفاته محافظة على ما له من الضياع أو حفظاً لحقوق الغير في ماله فتتغير بعض الأحكام بالنسبة لمن عرض له هذا العارض. وهذه العوارض التي تسمى بعوارض الأهلية. وهذه العوارض تنقسم إلى قسمين: عوارض سماوية، وعوارض مكتسبة. والأولى تثبت من قبل صاحب الشرع بدون اختيار من الإنسان ولهذا نسبت إلى السماء، لأن ما لا اختيار للإنسان فيه ينسب إلى السماء، على معنى أنه خارج عن قدرة الإنسان، مثل الجنون والعته. أما العوارض المكتسبة فهي ما كان للإنسان فيها كسب واختيار، وهو نوعان: الأول، ما يكون من نفس إنسان كالهزل والسكر. والثاني، ما يكون من غيره عليه وهذا هو الإكراه. وسنتكلم فيما يلي عن بعض العوارض السماوية والمكتسبة في مطلبين متتاليين.

---

(١) المواد من ٩٨ ـ ١٠١ من القانون المدني العراقي، والمواد ٥٤، ٥٥، ٥٦، ١١٢ من القانون المدني المصري.

المطلب الأول: العوارض السماوية

أولاً: الجنون

٣٥٨ ـ الجنون: هو اختلال العقل على نحو يمنع جريان أفعال الإنسان وأقواله على ما يقتضيه العقل السوي. وهو نوعان: أصلي وطارئ. والأصلي هو أن يبلغ الإنسان مجنوناً. والطارئ هو أن يبلغ عاقلاً ثم يطرأ عليه الجنون. والجنون بنوعيه لا يؤثر في أهلية الوجوب لأن أساسها الحياة، والجنون لا يعدم الحياة، ولكنه يؤثر في أهلية الأداء فيعدمها، لأنها تثبت بالعقل والتمييز، والمجنون فاسد العقل عديم التمييز. ولهذا كان حكم المجنون حكم الصغير غير المميز في تصرفاته وأقواله وأفعاله.

٣٥٩ ـ الحجر على المجنون:

الجنون من أسباب الحجر. والحجر شرعاً هو المنع من التصرفات القولية لا الفعلية، بمعنى عدم انعقادها أو عدم نفاذها، وفي الجنون المنع من انعقادها حتى ولو كانت نافعة للمجنون نفعاً محضاً كما هو الحكم بالنسبة للصغير غير المميز. لأن صحة الأقوال والاعتداد بها يكون بالعقل والتمييز، وبدون ذلك لا يمكن اعتبارها حتى ولو أجازها الولي لوقوعها باطلة، لأن الإجازة اللاحقة لا تلحق التصرفات الباطلة فلا تقبلها صحيحة[1]. والمجنون محجور لذاته بمعنى أن الجنون متى طرأ على الإنسان كان سبباً للحجر عليه دون توقف على حكم من القضاء. وعلى هذا لا عبرة بأقواله من حين جنونه. إلا أن المجنون كأن يفيق في بعض الأوقات فإن تصرفاته في حال إفاقته تعتبر في حكم تصرفات العاقل أي صحيحة.

هذا، وإن القانون المدني العراقي في أحكامه التي نص عليها بالنسبة للمجنون لم يخرج عن أحكام الفقه الإسلامي، فقد نص على أن المجنون في حكم الصغير غير المميز وأنه محجور لذاته وأن تصرفاته في حال إفافته، إذا كان جنونه غير مطبق، كتصرفات العاقل[2]. أما القانون المدني المصري فقد خرج، في بعض ما

---

(١) مرقاة الأصول ج٢ ص ٤٣٩.

(٢) انظر المادتين ٩٤، ١٠٨ من القانون المدني العراقي.

نص عليه، على أحكام الفقه الإسلامي، فلم يجعل المجنون محجوراً عليه إلا بقرار من المحكمة ولم يرفع عنه الحجر إلا بقرار من المحكمة أيضاً وأن تصرفاته قبل تسجيل قرار الحجر صحيحة لا باطلة إلا إذا كانت حالة الجنون شائعة وقت التعاقد مع المجنون أو كان الطرف الآخر على بينة منها. كما أن تصرفاته بعد تسجيل قرار الحجر تكون باطلة بطلاناً مطلقاً سواء أوقعت في حال إفاقته، إن كان يفيق في بعض الأحيان، أم وقعت في حال جنونه، بل وحتى لو وقعت بعد رشده ما دام قرار الحجر لم يرفع عنه[1].

ثانياً: العته

٣٦٠ ـ العته: اختلال في العقل يجعل صاحبه قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير[2]. وهو نوعان: (الأول) عته لا يبقى معه إدراك ولا تمييز، وصاحبه يكون كالمجنون، فتنعدم فيه أهلية الأداء دون الوجوب، ويكون في الأحكام كالمجنون. (الثاني) عته يبقى معه إدراك وتمييز، ولكن ليس كإدراك العقلاء وتمييزهم. وبهذا النوع من العته يكون الإنسان البالغ كالصبي المميز في الأحكام، فتثبت له أهلية أداء ناقصة، أما أهلية الوجوب فتبقى له كاملة. وعلى هذا لا تجب عليه العبادات ولكن يصح منه أداؤها ولا تثبت في حقه العقوبات، وتجب عليه حقوق العباد التي يكون المقصود منها المال ويصح فيها الأداء نيابة كضمان المتلفات. وتكون تصرفاته صحيحة نافذة إذا كانت نافعة له نفعاً محضاً، وباطلة إن كانت مضرة له ضرراً محضاً، وموقوفة على إجازة الولي إن كانت دائرة بين النفع والضرر. هذا وإن المعتوه محجور عليه لذاته، فهو من هذه الجهة كالمجنون.

٣٦١ ـ المعتوه في القانون المدني العراقي والمصري:

لم يشترط القانون المدني العراقي للحجر على المعتوه حكماً من المحكمة فقد جعله محجوراً لذاته وهذا هو المقرر في الفقه الإسلامي. كما أنه جعله كالصغير

(١) انظر المواد ٤٥، ١١٣، ١١٤ من القانون المدني المصري.

(٢) شرح الكنز للزيلعي ج٥ ص ١٨.

المميز في الأحكام دون تفريق بين معتوه ومعتوه[١]. وهذا خلاف المستفاد من أقوال الفقهاء؛ إذ يجعلون العته نوعين كما ذكرنا.

أما القانون المدني المصري فقد جعله كالمجنون دون تفريق بين معتوه ومعتوه وطبق عليه أحكام المجنون من جهة الحجر عليه ولزوم صدور حكم الحجر من المحكمة المختصة ومدى اعتبار تصرفاته قبل صدور الحكم وبعده[٢]. واعتبار المعتوه في حكم المجنون مخالف لما هو مقرر في الفقه الإسلامي من أن العته ليس هو كالجنون دائماً، بل في بعض أنواعه كما ذكرنا أولاً.

٣٦٢ ـ ثالثاً: النوم والإغماء

النوم والإغماء ينافيان أهلية الأداء، لانعدام التمييز في هاتين الحالتين. وعلى هذا لا يعتد بشيء من أقواله مطلقاً، فلو صدرت منه ما يصلح بذاته أن يكون إيجاباً أو قبولاً كان ما صدر منه لغواً لا قيمة له. والإغماء فتور غير طبيعي يعجز به الإنسان عن استعمال عقله وسائر قواه[٣].

٣٦٣ ـ رابعاً: المرض

المقصود بالمرض، هنا، مرض الموت، وهو ما يغلب فيه الهلاك عادة ويتصل به الموت فعلاً سواء أوقع بسببه أم بسبب آخر خارجي عنه كقتل أو غرق ونحوهما. ويلحق به جميع الأحوال التي يترقب فيها الموت لأصحابها ولا يفلتون منه في العادة كمن قدم للقصاص ومن أشرف على الغرق[٤].

ومرض الموت لا يؤثر في أهلية المريض، إلا أنه يؤثر في بعض الأحكام بالنسبة له. وموجز القول في ذلك أن حقوق الدائنين والورثة تتعلق، عادة، بأموال المدين بعد وفاته، ولكن لما كان المرض سبباً للموت، فإن تعلق حقوق هؤلاء

(١) انظر المادتين ٩٤، ١٠٧ من القانون المدني العراقي.
(٢) المواد ٤٥، ١١٣، ١١٤ من القانون المدني المصري.
(٣) الفقه الإسلامي، للدكتور محمد يوسف موسى، ص ٢٣٥.
(٤) الأستاذ علي الخفيف، المرجع السابق، ص ٩٢.

بمال المدين يثبت من حين حلول المرض إقامة للمرض مقام الموت لأن الحكم يضاف إلى السبب[1]. ولصيانة حق الدائن والوارث يثبت الحجر على المريض بالقدر الذي يتحقق به صيانة هذا الحق وهو جميع أموال المريض بالنسبة للدائن إن كان دينه مستغرقاً للتركة وبمقدار الدين إن لم يكن مستغرقاً لها، وبمقدار الثلثين بعد سداد الدين وأداء وصايا المريض بالنسبة للوارث. ويثبت هذا الحجر على المريض من حين حلول المرض فيه؛ لأن علة الحجر مرض مميت، وإذا اتصل به الموت صار المرض من أوله موصوفاً بالإماتة. ولكن لما كان المرض لا يعرف أنه مرض مميت إلا إذا اتصل به الموت لم يكن إثبات الحجر عليه بالشك، ولهذا لا يظهر أثر الحجر قبل الموت، فتصح تصرفاته دون أن يكون للدائن أو الورثة حق الاعتراض عليها في حال حياته، وإنما لهم هذا الحق بعد وفاته إذا كان التصرف يضر بحقوقهم، فلهم عند ذاك نقضها بالقدر الذي يحفظ عليهم هذه الحقوق[2].

ويلاحظ هنا، أن تعلق حق الدائن والوارث بمال المريض لا يمنع أن يكون للمريض حق في أمواله، فله أن ينفق منها على حاجاته، كنفقات معيشته وعلاجه ونفقة من تلزمه نفقته، ولا اعتراض عليه من أحد. كما يلاحظ أيضاً أن حق الدائن مقدم على حق الوارث، فإذا سدد الدين، نفذت وصايا المريض إن كانت تخرج من الثلث ولم تكن لوارث، فإن كانت أكثر من الثلث أو كانت لوارث توقف الزائد على الثلث والوصية للوارث على إجازة الورثة، وما بقي بعد ذلك يقسم على الورثة بنسبة سهامهم.

٣٦٤ ـ نكاح المريض:

نكاح المريض صحيح عند الجمهور ويقع به التوارث. ولا يلزم المريض بدفع أكثر من مهر المثل، إذا كان المهر المسمى يؤثر في حق الدائن أو كان أكثر من ثلث التركة بعد سداد الدين، وتكون الزيادة على مهر المثل فى هذه الأحوال موقوفة على إجازة الدائنين أو الورثة.

---

(١) شرح المنار ص ٩٦١ ـ ٩٦٢.

(٢) مرقاة الوصول ج٢ ص ٢٤٦، شرح المنار ص ٩٦٢، والتلويح على التوضيح ج٢ ص ١١٧.

وقد اختلف الفقهاء في إرث الزوجة من زوجها في هذا النكاح. فذهب الأوزاعي إلى عدم التوارث بين الزوجين بالرغم من صحة النكاح. وذهب الإمام مالك إلى فساد النكاح وعدم التوارث به[1]، وذهب آخرون كالشافعي، إلى ثبوت التوارث بهذا النكاح[2]، وهذا هو الراجح.

٣٦٥ ـ طلاق المريض:

إذا طلق المريض مرض الموت زوجته المدخول بها طلاقاً بائناً بغير رضاها فإن الطلاق يقع عند الفقهاء إلا أنهم اختلفوا في ميراثها من زوجها. فذهب الجمهور إلى أنها ترث رداً لقصد الزوج السيء الذي أراد بهذا الطلاق حرمانها من الميراث. وقال الشافعي وأهل الظاهر: إنها لا ترث لأن الطلاق البائن يقطع الميراث ولا عبرة بالقصد الباطن لأن الأحكام تبنى على الظاهر والله يتولى السرائر. ومع أن الجمهور قالوا بتوريث المطلقة من زوجها في هذه الحالة إلا أنهم اختلفوا في مدى بقاء هذا الحق للزوجة، فعند الحنفية ترث إذا مات وهي في العدة، وعند الحنابلة ترث ولو انقضت عدتها ما لم تتزوج، وعند مالك ترث مطلقاً سواء انقضت عدتها أو لم تنقض، تزوجت أو لم تتزوج. وعند الجعفرية ترثه خلال سنة من طلاقها ما لم تتزوج. أما إذا كان الطلاق البائن قبل الدخول فقد قال الإمام مالك أنها ترثه، وعند الحنفية وجمهور الحنابلة لا ترث وهذا هو الظاهر من مذهب الجعفرية على ما ذكره الطوسي في كتابه الخلاف[3]. والراجح قول من قال بتوريثها مطلقاً[4].

---

(١) بل ذهب بعض المالكية إلى فساد نكاح الذمية، ويعللون ذلك بأن الذمية قد تسلم فترث زوجها فيتضرر الورثة وهذا غلو لا مسوغ له.

(٢) الأم للشافعي ج٣ ص ٣١ ـ ٣٢، المغني ج٦ ص ٣٢٦.

(٣) الخلاف للطوسي ج٢ ص ٤٥٦، ج٥ ص ٢٣٥ ـ ٢٣٦، الهداية وفتح القدير ج٣ ص ١٥٠ ـ ١٥٣، المغني ج٣ ص ٣٢٩ ـ ٣٣٢، القواعد لابن رجب ص ٣٢٠، المدونة الكبرى ج٢ ص ١٣٢.

(٤) لأن العلة في توريثها هي دفع الضرر عن هذه المطلقة، وهذا المقصود لا يحصل إلا إذا قلنا بتوريثها مطلقاً، في عدة أو بعدها، تزوجت أو لم تتزوج، والقول بخلاف ذلك قد يؤدي إلى حرمانها من الميراث إذا مات الزوج بعد العدة بعد زواجها، أو إذا طلقها قبل الدخول.

٣٦٦ ـ طلاق المريض في القانون العراقي والمصري:

نص قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ على أن المطلقة في مرض الموت ترث زوجها. إلا أنه جاء بحكم غريب لا نعلم أن أحداً من الفقهاء قال به وهو أن طلاق المريض مرض الموت لا يقع(١). أما القانون المصري فقد نص على أن الزوجة المطلقة بائناً في مرض الموت تعتبر في حكم الزوجة بالنسبة للميراث من زوجها إذا كان الطلاق بغير رضاها وترث زوجها إذا مات وهي في العدة(٢).

المطلب الثاني: العوارض المكتسبة

أولاً: السفه

٣٦٧ ـ السفه في اللغة: الخفة، وفي اصطلاح الفقهاء عبارة عن التصرف في المال على خلاف مقتضى الشرع والعقل مع قيام العقل(٣). وعد السفه من العوارض المكتسبة لأن السفيه يعمل باختياره على خلاف مقتضى العقل(٤). وهو يؤثر في بعض الأحكام، ويظهر هذا الأثر في عدم تسليمه المال إلى الصبي إذا بلغ سفيهاً، وفي الحجر على البالغ العاقل بسبب السفه. فلا بد من الكلام عن هاتين المسألتين وما يتعلق بهما من أحكام.

المسألة الأولى: في دفع المال لمن بلغ سفيهاً

٣٦٨ ـ اتفق الفقهاء ما عدا الظاهرية على أن الصبي إذا بلغ سفيهاً لا يدفع إليه ماله، واحتجوا بقوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَٰمًا﴾ [النِّساء: ٥] وإنما يدفع إليه المال بعد البلوغ إذا أنس منه الرشد، أي إذا عرف،

---

(١) انظر المادة ٣٥ من قانون الأحوال الشخصية العراقي.

(٢) المادة ١١ من قانون المواريث المصري رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣: تعتبر المطلقة بائناً في مرض الموت في حكم الزوجة إذا لم ترض بالطلاق ومات المطلق في المرض وهي في عدتها.

(٣) شرح المنار ص ٩٨٨.

(٤) شرح مرآة الأصول ج٢ ص ٤٥٨.

لقوله تعالى: ﴿وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النّساء: ٦]. فإيتاء المال يشترط له البلوغ والرشد بنص هذه الآية. وقال الظاهرية، يدفع المال إلى من بلغ عاقلاً، لأن الرشد عندهم هو البلوغ مع العقل، والسفه عندهم هو عدم العقل، وعلى هذا فمن بلغ عاقلاً تحقق فيه الرشد ووجب دفع المال إليه[1]. أما الجمهور، فلا يرون هذا الرأي، فالرشد، عندهم، الصلاح في العقل والقدرة على حفظ المال وحسن التصرف فيه[2]، فليس كل عاقل رشيداً وإن كان كل رشيد عاقلاً. وعند الجعفرية، الرشيد هو البالغ العاقل المصلح لماله والعدل في دينه[3]، فلا يتحقق الرشد بالقدرة على حفظ المال فقط وإنما به وبالعدالة في الدين. إلا أن هذا الرأي، على ما يبدو، ليس محل اتفاق عندهم، فقد ذكر بعض متأخري مجتهديهم أن الرشيد هو المصلح لماله دون أن يشترط فيه العدالة في الدين[4].

٣٦٩ ـ هل يراد بالرشد حقيقته أو مظنته؟

اختلف الفقهاء في المراد بالرشد على قولين:

القول الأول: المراد بالرشد حقيقته، فلا بد من وجوده ومعرفته، فلا يجوز أن يقام مقامه شيء آخر من بلوغ سن معينة أو غير ذلك. وعلى هذا القول لا يدفع المال للصبي بعد البلوغ حتى يثبت رشده مهما بلغ من السن وحتى لو صار شيخاً كبيراً. وهذا قول الجمهور من الشافعية والمالكية والحنابلة والجعفرية وأبي يوسف ومحمد صاحبي أبي حنيفة[5].

والحجة لهذا القول أن دفع المال بعد البلوغ معلق بإيناس الرشد، فما لم يوجد

---

(١) المحلى ج٨ ص ٢٨٦ ـ ٢٨٧.
(٢) التلويح ج٢ ص ١٩١.
(٣) الخلاف للطوسي ج٤ ص ١٢١.
(٤) منهاج الصالحين للمجتهد السيد محسن الحكيم ج٢ ص ١١٣.
(٥) المغني ج٤ ص ٤٥٧، الخلاف للطوسي ج٢ ص١٢١، السيد محسن، المرجع السابق، ج٢ ص ١١٣.

ويثبت لا يجوز دفع المال إلى الصبي بمجرد بلوغه، لأن المعلق على الشرط معدوم قبل وجود الشرط. ولأن السفه في حكم منع المال بمنزلة الجنون والعته، وهما يمنعان دفع المال إلى من بلغ مجنوناً أو معتوهاً ويستمر المنع إلى أن يزول عارض الجنون أو العته، فكذلك السفه(١).

والقول الثاني: قول أبي حنيفة، وعنده المراد بالرشد حقيقته قبل بلوغ سن الخامسة والعشرين، ومظنته بعد بلوغ هذه السن. فمن بلغ رشيداً وثبت رشده دفع إليه ماله وإن لم يبلغ الخامسة والعشرين. ومن بلغ غير رشيد أو لم يعلم رشده انتظرنا بلوغه الخامسة والعشرين، وعند ذلك يحكم برشده ويدفع إليه ماله، سواء علم منه الرشد أم لم يعلم، لأن هذه السن مظنة الرشد ولا ينفك عنها إلا نادراً، والأحكام تبنى على الغالب لا على النادر، كما استدل أبو حنيفة بأدلة منها(٢):

أ ـ منع المال عمن بلغ غير رشيد مرده أن السفه قد لا يفارق الإنسان في أول أحوال البلوغ، أما إذا تطاول الزمن بأن بلغ الخامسة والعشرين، فلا بد أن يستفيد رشداً بطريقة التجربة، لأن التجارب تفتح العقول وتبصر الإنسان. وبهذا الرشد المستفاد يتحقق شرط دفع المال، لأن الرشد جاء في الآية نكرة فيصدق على أدنى رشد.

ب ـ إن منع المال عن البالغ العاقل غير الرشيد، إما أن يكون للتأديب، وإما أن يكون على وجه العقوبة على فعل الحرام وهو التبذير، وإما أن يكون حكماً غير معقول المعنى ثبت بالنص. فإذا كان المنع للتأديب، فالتأديب إنما يحسن إذا كان مرجواً نفعه، أما إذا انقطع الرجاء بأن بلغ خمساً وعشرين سنة ولم يؤنس رشده فلا معنى لاستمرار منع ماله عنه إذ لا فائدة من ذلك فيكون عبثاً، والأحكام لا تشرع للعبث. وإن كان المنع على وجه العقوبة فالعقوبة تسقط بالشبهة، والشبهة هنا قائمة لوجود شيء من الرشد للإنسان إذا بلغ هذه السن كما قلنا، فيلزم دفع المال في هذه الحالة لأنه إذا سقط المانع عاد الممنوع. وإن كان المنع ثبت بالنص غير

---

(١) كشف الأسرار، البزدوي، ج٤ ص ١٤٩٠.

(٢) كشف الأسرار ج٤ ص ١٤٩٠ ـ ١٤٩١.

معقول المعنى سقط أيضاً لأن الشرط لدفع المال هو حصول رشد ما، وقد حصل ببلوغ الخامسة والعشرين.

٣٧٠ ـ القول الراجح:

مع تسليمنا بقوة أدلة أبي حنيفة، إلا أن ظاهر الآية لا يساعده، لأن دفع المال علق بإيناس الرشد لا ببلوغ سن معينة، وحتى لو ساغ إقامة السن مقام الرشد لأمكن الاعتراض عليه من جهة تحديده هذه السن بـ(٢٥) سنة وعدم جعلها أكثر أو أقل منها. وعليه فإن قول الجمهور هو الذي يترجح عندي.

المسألة الثانية: الحجر على السفيه

٣٧١ ـ اختلف الفقهاء في جعل السفه سبباً للحجر، سواء أكان أصلياً، بأن يبلغ الإنسان سفيهاً، أم كان طارئاً بأن يبلغ الإنسان عاقلاً رشيداً ثم يطرأ عليه السفه. ويمكن رد اختلافاتهم إلى قولين:

القول الأول: ذهب الجمهور من الشافعية والحنابلة والمالكية والجعفرية، وهو مذهب أبي يوسف ومحمد صاحبي أبي حنيفة، إلى أن السفه سبب الحجر، فإذا وجد وجب الحجر على السفيه[1].

القول الثاني: المنع من الحجر بسبب السفه، وهذا قول أبي حنيفة ومذهب الظاهرية[2].

٣٧٢ ـ الأدلة[3]:

استدل الجمهور على قولهم: إن السفيه يحجر بجملة أدلة، منها:

أ ـ جاء في القرآن الكريم: ﴿فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِ﴾ [البَقَرَة: ٢٨٢] . فهذه الآيات أفادت ثبوت الولاية على السفيه، وهذا لا يتصور إلا بعد الحجر عليه.

---

(١) المغني ج٤ ص ٤٥٨، كشف الأسرار ج٤ ص ١٤٩٢، الخلاف للطوسي، ج٢ ص ٢٢.

(٢) أحكام القرآن للجصاص ج١ ص ٤٨٩، المحلى ج٨ ص ٢٧٨ وما بعدها، التلويح ج٢ ص ١٩٢.

(٣) الجصاص، المرجع السابق، ج١ ص ٤٧٨ وما بعدها، المغني ج٤ ص ٤٥٨، كشف الأسرار ج٤ ص ١٤٩١ وما بعدها، الخلاف للطوسي ج١ ص ١٢٢ ـ ١٢٣.

ب ـ طلب الإمام علي بن أبي طالب من الخليفة عثمان بن عفان الحجر على عبد الله بن جعفر لتبذيره المال، ولو لم يكن الحجر على السفيه جائزاً لما طلبه الإمام علي.

ج ـ الحجر على الصغير ثبت لاحتمال تبذيره، وهذا المعنى موجود في السفيه، فكان الحجر عليه أولى.

د ـ السفيه لا يحسن التصرف في ماله، فهو في حاجة إلى من يرعاه ويحفظ له ماله، ولا يتأتى هذا المطلوب إلا بالحجر عليه، كما هو الحكم في الصبي المميز. ولا يقال: إن السفيه عاص بتبذيره المال فلا يستحق الرعاية؛ لأننا نقول: إن المعصية لا تخرج صاحبها عن استحقاق النظر له ورعاية مصلحته، الا يرى أن القاتل عمداً لم تخرجه جنايته عن استحقاق النظر له بدليل جواز العفو عنه، فالسفيه أولى أن تلاحظ مصلحته.

هـ ـ الحجر على السفيه يدفع الضرر عن الجماعة، إذ بهذا الحجر يصان ماله فلا يكون عالة على غيره ولا يتحمل بيت المال نفقته، فيكون هذا الحجر واجباً كما يجب الحجر على المفتي الماجن والطبيب الجاهل دفعاً للضرر عن الجماعة.

٣٧٣ ـ واستدل أبو حنيفة بجملة أدلة منها:

أ ـ إن السفيه مخاطب بالتكاليف الشرعية؛ لأن الخطاب بالأهلية وهي البلوغ مع العقل، والسفه لا يوجب نقصاً في عقله ولا تمييزه، فيبقى مخاطباً بحقوق الشرع وتصح تصرفاته القولية كالطلاق والنكاح، ويحبس في ديون العباد، ويعاقب على جرائمه، ويؤاخذ بإقراره بارتكاب الجرائم. فلو كان السفه يبقى معتبراً بعد البلوغ في لزوم الحجر عليه لكان الأولى أن يحجر عليه في إقراره بأسباب العقوبات، لأن ضرر النفس أعظم من ضرر المال.

ب ـ الإنسان ببلوغه عاقلاً تكمل أهليته وتتم شخصيته، فالحجر عليه في هذه الحالة إهدار لكرامته وإنسانيته، وهذا لا يجوز. وإذا قيل: إن الحجر عليه ثبت لمصلحته فالجواب أن ضرر إهدار آدميته وإلحاقه بالبهائم بالحجر عليه أشد من ضرر إضاعته المال، والقاعدة الشرعية تقضي بتحمل الضرر الأخف في سبيل دفع الضرر الأشد، فيكون عدم الحجر عليه من مصلحته.

ج ـ جاء في الحديث الشريف أن رجلاً كان يغبن في البياعات، فأتى به أهله إلى رسول الله ﷺ طالبين منه الحجر عليه فلم يجبهم الرسول ﷺ إلى ما أرادوا، وإنما أمره أن يشترط لنفسه الخيار في البيع، فلو كان الحجر جائزاً لحجر عليه.

د ـ أما احتجاجهم بآية: ﴿فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا . . .﴾ إلخ. فلا حجة لهم فيها، لأن الولي هنا هو ولي الحق لا ولي السفيه.

هـ ـ واحتجاجهم بطلب الإمام علي الحجر على عبد الله بن جعفر لا حجة لهم فيه؛ لكونه محمولاً على التخويف لا الإلزام، أو يحمل على طلب منع المال عنه لعدم بلوغه سن الخامسة عشرة.

و ـ التبذير معصية، والمعصية لا تكون سبباً للرعاية، والحجر على السفيه من ضروب الرعاية فلا يلزم. والاستدلال بجواز العفو عن القاتل العمد، مع أن جريمته معصية غليظة والعفو من باب الرعاية والإحسان، هذا الاستدلال لا ينقض ما قلناه من أن المعصية لا تكون سبباً للرعاية؛ لأن القائلين بالحجر يوجبونه على السفيه، والعفو عن القاتل جائز لا واجب.

ز ـ قولهم: إن الحجر على السفيه لدفع الضرر عن الجماعة، قول مردود؛ لأن السفيه يتصرف في خالص ماله ولا حق لأحد في ماله حتى يمنع من التصرف فيه.

٣٧٤ ـ القول الراجح:

والراجح هو القول بالحجر على السفيه؛ لأن ظواهر النصوص تؤيده. كما أن في هذا الحجر مصلحة للسفيه بحفظ ماله ودفع الضرر عن الجماعة، ولا يقال: إن تصرفه في ماله ولا حق للجماعة فيه، لأننا نقول: إن تصرف الإنسان في خالص ماله مقيد بعدم الإضرار بالغير، ألا يرى أن من يتصرف في داره تصرفاً يضر الجيران يمنع من ذلك فكذا السفيه يمنع من التصرف في ماله لئلا يفنى ماله فيصير عالة على الجماعة وعلى بيت المال، وهذا ضرر يجب دفعه بالحجر عليه.

٣٧٥ ـ متى يتم الحجر على السفيه؟

ذهب بعض الفقهاء إلى أن السفيه محجور بنفس السفه من غير حاجة إلى حكم

من المحكمة بالحجر عليه. وحجتهم أن السفه علة الحجر فمتى وجدت وجد المعلول أي الحجر ومتى انتفت انتفى الحجر كما هو الحكم في الجنون والصغر.

وذهب البعض الآخر من الفقهاء إلى أن السفيه لا يحجر عليه إلا بقرار من المحكمة. والحجة لهذا القول أن الحجر مبناه مصلحة المحجور، وهي مترددة بين إثبات الحجر عليه لحفظ ماله وبين ترك الحجر لئلا يهدر قوله، والترجيح إنما يكون للقاضي في الأمور المحتملة للوجهين. وأيضاً فإن السفه ليس شيئاً محسوساً وإنما يستدل عليه بالغبن في التصرفات، وقد يكون هذا الغبن احتيالاً ولا يثبت إلا بقضاء القاضي. وأيضاً فإن الحجر مختلف فيه بين الفقهاء فلا يثبت إلا بقضاء القاضي كالحجر بسبب الدين وإذا ما حجر على السفيه بقضاء القاضي، فإن هذا الحجر لا يرفع إلا بقضاء القاضي أيضاً. والراجح هو القول الثاني، فلا يحجر على السفيه إلا بقرار من المحكمة، وهذا ما أخذ به القانون المدني العراقي كما سنذكره فيما بعد.

٣٧٦ ـ حكم تصرفات السفيه المحجور:

السفيه بعد الحجر عليه كالصغير المميز في التصرفات القابلة للفسخ كالبيع والإجارة، فتكون موقوفة على من له الولاية عليه إذا كانت مترددة بين النفع والضرر ونافذة إذا كانت نافعة نفعاً محضاً له كقبول الهبة، وباطلة إذا كانت مضرة به ضرراً محضاً. ولكن يجوز له استحساناً الوصية في وجوه البر وإن لم يكن من أهل التبرع وكذلك يجوز له الوقف على نفسه ثم على جهة خير وبر. أما تصرفاته التي لا تقبل الفسخ فصحيحة نافذة كالنكاح والطلاق خلافاً للحكم بالنسبة للصغير المميز. ولكن إذا سمى في عقد النكاح أكثر من مهر المثل لم يلزمه إلا مهر المثل ولو أذن له القيم بذلك.

٣٧٧ ـ السفه في القانون المدني العراقي:

أخذ القانون المدني العراقي برأي من قال: إن السفيه لا يحجر عليه إلاّ بقرار من المحكمة المختصة ولا يرفع عنه الحجر إلا بقرار منها[1]. فإذا ما تم الحجر كان حكمه حكم الصغير المميز في المعاملات المالية. أما قبل الحجر فحكم تصرفاته

---

(١) المادة ٩٥، والمادة ١٠ الفقرة الثالثة.

حكم تصرفات البالغ العاقل الرشيد إلا إذا وقع منه التصرف قبل الحجر بطريق الغش والتواطؤ مع الغير[١]، وهذا استثناء حسن يتفق وأصول الشريعة العامة.

والسفيه المحجور وإن لم يكن من أهل التبرع إلا أن القانون أجاز له الوصية بثلث ماله[٢] وهذا هو المقرر فقهاً. والحكمة في هذا الجواز واضحة لأن الوصية تصرف في التركة مضافاً إلى ما بعد الموت فلا ضرر منها على السفيه في حياته.

ونكاح السفيه صحيح نافذ قبل الحجر وبعده. لأن قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ اشترط لأهلية الزواج العقل والبلوغ، ولا شك أن السفيه بالغ عاقل، وهذا هو المقرر فقهاً. وكذلك يعتبر طلاقه صحيحاً نافذاً لأن المادة (٣٤) من هذا القانون عددت من لا يقع طلاقهم ولم تذكر معهم السفيه، وهذا هو المقرر فقهاً.

٣٧٨ ـ السفه في القانون المصري:

قرر هذا القانون أن الحجر على السفيه يكون بحكم من المحكمة وكذا رفعه[٣]. أما تصرفاته المالية، فإن صدرت منه بعد تسجيل قرار الحجر، فإنها تكون بمنزلة تصرفات الصغير المميز، فتنفذ إن كانت نافعة نفعاً محضاً، وتبطل إن كانت ضارة به ضرراً محضاً، وتكون موقوفة على إذن القيم إن كانت مترددة بين النفع والضرر. أما تصرفاته قبل الحجر عليها فإنها لا تكون باطلة أو قابلة للإبطال إلا إذا وقعت بنتيجة استغلال المتعاقد مع السفيه أو تواطئه مع السفيه الذي يتوقع الحجر عليه، فإن لم يثبت شيء من ذلك كانت تصرفاته صحيحة[٤].

وقد استثنى القانون المصري وصية السفيه ووقفه، فقرر صحتهما متى ما أذنت المحكمة بذلك[٥]. كما استثنى القانون أعمال الإدارة إذا أذن له القيم بتسلم أمواله

---

(١) المادة (١٠) الفقرة الأولى. (٢) المادة (١٠) الفقرة الثانية.

(٣) المادة (٦٥) من قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢.

(٤) المادة (١١٥) من القانون المدني المصري.

(٥) المادة الخامسة من قانون الوصية المصري، والمادة ١٦٦، الفقرة الأولى، من القانون المدني المصري.

لإدارتها وصدر الإذن بالوجه القانوني[1]، وفي هذه الحالة تسري عليه الأحكام التي تسري على القاصر المأذون[2].

ثانياً: السكر

٣٧٩ ـ تمهيد:

السكر: هو زوال العقل بتناول الخمر أو أي مسكر بحيث لا يدري السكران بعد إفاقته ما كان قد صدر منه حال سكره[3]. فالسكر يعطل العقل ويعدم التمييز. وكان ينبغي لذلك أن تنعدم به أهلية الأداء، ولكن الفقهاء لم يقولوا بذلك في جميع حالات السكر، بل فرقوا بين السكر بطريق مباح والسكر بطريق محظور.

٣٨٠ ـ السكر بطريق مباح:

ويكون السكر بطريق مباح إذا تناول الإنسان المسكر اضطراراً أو إكراهاً أو عن غير علم بكونه مسكراً أو شرب دواء فأسكره ونحو ذلك. وحكم السكران في هذه الأحوال حكم المغمى عليه فلا تصح عبارته ولا يترتب عليها أثر قانوني ولا ينعقد بها عقد ولا تصرف، ولا خلاف في هذا بين الفقهاء.

٣٨١ ـ السكر بطريق محظور:

ويكون السكر بطريق محظور إذا تناول الإنسان المسكر عن علم به ورغبة فيه واختيار له. وقد اختلف الفقهاء في مدى اعتبار أقواله وانعقاد العقود والتصرفات بها. ويمكن رد اختلافهم إلى القولين التاليين مع مجمل أدلتهم[4].

---

(١) المادة ١١٦، الفقرة الثانية من القانون المدني المصري.

(٢) المادة ٦٨ من قانون الولاية على المال.

(٣) كشف الأسرار ج٤ ص ١٤٢٨.

(٤) زاد المعاد ج٢ ص ٢٠٢ ـ ٢٠٢، أعلام الموقعين ج٤ ص ٤٠ ـ ٤٢. المغني ص ١١٣ ـ ١٢٤، المهذب للشيرازي ج٢ ص ٨٢، المحلى ج١ ص ٢٠٩ ـ ٢١١، الخلاف للطوسي ج٢ ص ٤٥٤، المختصر النافع ص ٢٢١، مختصر الطحاوي ص ٢٨٠، بدائع الصنائع للكاساني ج٣ ص ٦٩، التلويح ج٢ ص ١٨٥ ـ ١٨٦.

القول الأول:

لا يعتد بشيء من أقواله ولا يترتب عليها أي أثر شرعي، فلا يقع طلاقه ولا بيعه ولا شراؤه ولا سائر عقوده وتصرفاته. وهذا مذهب الظاهرية والجعفرية وعثمان البتي والليث وهو إحدى الروايات عن أحمد ابن حنبل التي استقر عليها كما نقل الإمام ابن القيم، وهو اختيار الطحاوي من الحنفية.

القول الثاني:

تعتبر أقواله وتترتب عليها آثارها الشرعية فيقع طلاقه وسائر تصرفاته القولية. وهذا مذهب الحنفية والشافعية والمالكية على تفصيل واختلاف في بعض التصرفات. فعند الحنفية، مثلاً، تعتبر أقوال السكران ما عدا الردة والإقرار بما يحتمل الرجوع فيه كالإقرار بالزنا.

٣٨٢ ـ أدلة القول الأول:

أ ـ السكران لا يعلم ما يقول، قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَقْرَبُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمْ سُكَٰرَىٰ حَتَّىٰ تَعْلَمُوا۟ مَا تَقُولُونَ﴾ [النساء: ٤٣] فالسكران لا يدري ما يقول، ومن لا يدري ما يقول لا يجوز إلزامه بأقواله ولا ترتيب أي أثر عليها فعبارته لغو كعبارة المجنون.

ب ـ إن أقل ما يصح به التصرف القصد أو مظنته، وليس للسكران واحد منهما.

ج ـ لا فرق بين من سكر بطريق مباح وبين من سكر بطريق محظور، فالاثنان لا عقل لهما ولا تمييز، فيجب أن يتساويا في الحكم. أما كون سكر الأول بطريق مباح وسكر الثاني بطريق محرم، فهذا تأثيره في ترتيب العقوبة على السكران. ألا يرى أن من كسرت ساقاه صلى قاعداً ومن كسر ساقيه بنفسه صلى قاعداً أيضاً، مع أن الثاني أجرم بكسر ساقيه دون الأول.

٣٨٣ ـ أدلة القول الثاني:

السكران بطريق محظور هو الذي تسبب بإزالة عقله بتناوله ما هو محرم عليه، فلا يستحق بمعصيته التخفيف، فيعتبر عقله قائماً تقديراً عقوبة له وزجراً. ولا عجب في

ذلك، فقد يعطى للزائل حقيقة حكم الموجود تقديراً إذا زال بسبب هو معصية لغرض الزجر والردع، كمن قتل مورثه، فإن المورث يعتبر حياً بالنسبة للقاتل، عقوبة له، فلا يرثه. والخلاصة فإن الجريمة ـ كالسكر ـ لا تصلح سبباً للتخفيف عن صاحبها، بل إن ارتكابها يدل على أن صاحبها قد رضي بجميع النتائج المترتبة على جريمته.

٣٨٤ ـ القول الراجح:

أدلة القائلين بعدم اعتبار أقوال السكران مقبولة وسليمة، لأن اعتبار القول يكون بالقصد، ولا قصد للسكران لزوال عقله وتمييزه. أما إلزامه بأقواله على وجه العقوبة فلا وجه له فلا يصح، لأن العقوبة تقدر من قبل الشارع ولا تقدر بالرأي، والشارع لم ينص على إلزامه بأقواله، بل بين أن السكران لا يعلم ما يقول، ومن لا يعلم ما يقول لا يقصد معنى ما يقوله فلا يترتب على قوله أثر كالأعجمي إذا تلفظ بلفظ «الطلاق» وهو لا يعرف معناه لا يترتب على قوله أثر ولا يقع طلاقه. والقياس على قاتل مورثه قياس مع الفارق لأن القاتل قصد قتل مورثه ليستعجل ميراثه فعوقب بحرمانه، أما السكران فقد قصد السكر ولم يقصد إيقاع التصرف، فكيف نقول بوقوعه؟! وحتى لو جاز اعتبار قوله على وجه العقوبة فكيف نوقع عليه عقوبة تسري إلى غيره كما لو طلق امرأته في حال سكره؟ فالقول الراجح هو القول الأول، فلا تعتبر أقوال السكران ولا يترتب عليها أثر.

٣٨٥ ـ حكم السكران في القوانين الوضعية:

نص قانون الأحوال الشخصية العراقي على عدم وقوع طلاق السكران[١]، ولم يقيد ذلك بكون سكره بطريق مباح أو محظور، فيجب حمل النص على إطلاقه، فلا يقع طلاق السكران مطلقاً. وكذلك لا يقع نكاح السكران بموجب القانون المذكور لأنه اشترط لأهلية النكاح العقل والبلوغ[٢]. والسكران زائل العقل فلا ينعقد بعبارته عقد النكاح. وهكذا سائر تصرفاته القولية لأن الشرط في صحتها القصد والاختيار، والسكران لا قصد له ولا اختيار.

---

(١) المادة (٣٥) الفقرة الأولى، من قانون الأحوال الشخصية العراقي.

(٢) المادة (٧) الفقرة الأولى، من القانون السابق.

وفي مصر نص القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ في مادته الأولى على عدم وقوع طلاق السكران دون تفريق بين سكر بطريق محظور وسكر بطريق مباح، وعلى هذا لا يقع طلاق السكران مطلقاً.

المبحث الثالث

الولاية

٣٨٦ ـ الولاية: في اللغة مصدر «ولي» يقال ولي الشيء إذا ملك أمره وكان له القيام به أو عليه. وفي اصطلاح الفقهاء، الولاية سلطة شرعية في النفس أو المال يترتب عليها نفاذ التصرف فيهما شرعاً[١]. فالعقد، والتصرف عموماً، لا يكون نافذاً إلا إذا تحقق في العاقد أمران: أهلية الأداء الكاملة والولاية. إذ بالأهلية ينعقد العقد والتصرف ويكون له وجود في الخارج. وبالولاية ينفذ هذا التصرف وتترتب آثاره.

٣٨٧ ـ أنواع الولاية:

والولاية بمعناها الفقهي الاصطلاحي، قد تثبت للشخص على نفسه وماله، وهذه الولاية الذاتية أو القاصرة. وقد تثبت للشخص على مال غيره أو نفسه وهذه هي الولاية المتعدية.

أولاً: الولاية الذاتية:

وهذه تثبت للشخص الكامل الأهلية، أي للشخص البالغ العاقل الرشيد، فله الولاية التامة على جميع شؤونه وأمواله وتنفذ جميع عقوده وتصرفاته في حق نفسه وماله، ولا يقيد نفاذ هذه التصرفات إلا قيد واحد هو عدم الإضرار بالغير. وعلى هذا إذا خلت تصرفاته من الإضرار بالغير نفذت ولا حق لأحد بالاعتراض عليها. وإن كانت مضرة بالغير توقف نفاذها على إجازة هذا المتضرر، كما في تصرفات المدين الضارة بالدائنين، فإنها موقوفة على إجازتهم، وكما في بيع الراهن العين المرهونة يكون موقوفاً على إجازة المرتهن إذا لم يؤد الراهن ما عليه من دين[٢].

---

(١) النيابة عن الغير في التصرف، لأستاذنا الشيخ علي الخفيف، ص ٧.

(٢) المدخل للفقه الإسلامي، للأستاذ محمد سلام مدكور، ٤٦٠.

ثانياً: الولاية المعتدية:

وهذه الولاية تثبت للشخص على غيره بسبب أمر عارض جعله الشارع علة وسبباً لثبوتها. وهي نوعان: أصلية، ونيابية(١).

أ ـ الولاية الأصلية: وهي التي تثبت بسبب الأبوة كولاية الأب والجد الصحيح (أبي الأب). فهي تثبت لهما بسبب أمر عارض هو ولادة المولى عليه، أي الصغير، لهما. فهما يستمدانها من الشارع ابتداء لهذا السبب، ولا يستمدانها من شخص آخر عن طريق النيابة.

ب ـ الولاية النيابية: وهذه كما هو ظاهر من اسمها، تثبت عن طريق النيابة، أي باستمدادها من شخص آخر. كولاية الوصي، والوكيل، والإمام. فالوصي يستفيد ولايته ممن أقامه. والوكيل يستفيد ولايته من الموكل، والإمام يستمد ولايته من عموم المسلمين ببيعتهم له.

٣٨٨ ـ الولاية على النفس والمال:

والولاية المتعدية، قد تكون ولاية على النفس، وقد تكون ولاية على المال.

أولاً: الولاية على النفس:

وهذه الولاية، بمعناها العام، تتضمن أنواعاً عديدة من القيام على نفس المولى عليه كولاية الحضانة ـ وهي ولاية ضم الصغير في سن معينة والقيام على شؤونه فيها من ترتيب وتأديب ـ وولاية ضمه بعد هذه السن إلى من له الولاية على النفس لإتمام تربيته وتوجيهه، وولاية تزويجه(٢).

ثانياً: الولاية على المال:

وهذه تخص التصرفات المتعلقة بمال من تثبت عليه هذه الولاية كالصغير ومن في حكمه كالمجنون والمعتوه. وتكون هذه الولاية لمن تثبت لهم شرعاً كالأب أو وصيه، والجد أو وصيه، والقاضي أو وصيه. وهؤلاء الأولياء يقدم بعضهم على

---

(١) الأستاذ علي الخفيف، مختصر أحكام المعاملات الشرعية ص ٩٦.

(٢) النيابة عن الغير، للأستاذ علي الخفيف، ص ٩.

بعض حسب حال المولى عليه[1]. فهي تثبت على الصغير للأب باتفاق الفقهاء، ولكنهم اختلفوا فيمن تثبت له بعد الأب. فعند الحنفية تكون بعد الأب لوصيه ثم لوصي وصيه وهكذا. فإن لم يكن وصي كانت للجد الصحيح، أبي الأب، وإن علا ثم لوصي الجد، ثم لوصي وصيه وهكذا. فإن لم يكن جد ولا وصي جد كانت للقاضي أو وصيه الذي يقيمه. وذهب المالكية والحنابلة إلى أن الولاية على الصغير تثبت بعد الأب لوصيه ثم للقاضي أو وصيه. وعند الشافعية تثبت بعد الأب للجد الصحيح ثم بعده للوصي المختار من أب أو من الجد، ومن تأخر موته منهما، ثم للقاضي أو وصيه. وعند الجعفرية تكون الولاية على الصغير لكل من الأب والجد كليهما، فإن اختلفا قدم رأي الجد، ثم لوصي أحدهما ثم للقاضي. أما الولاية على المجنون والمعتوه، فقد قال الحنفية: إذا اتصل الجنون أو العته بالصغر فبلغ الصغير مجنوناً أو معتوهاً استمرت الولاية لمن كان ولياً على الصغير، وإلى هذا القول ذهب أيضاً الشافعية والجعفرية والمالكية والحنابلة. أما إذا بلغ رشيداً ثم طرأ عليه الجنون أو العته، فرأيان عند الجميع، رأي يجعلها لمن كانت الولاية له على الصغير، ورأي يجعلها لمن تعينه المحكمة. واختلف الفقهاء أيضاً في السفيه وذي الغفلة، فذهب الحنفية إلى أن الولاية عليهما تثبت للقاضي أو من يقيمه، سواء اتصل عارض السفه والغفلة بالصغر أو طرأ بعد البلوغ والرشد. وعند الجعفرية تكون الولاية للقاضي إذا لم يتصل السفه والغفلة بالصغر، فإذا اتصل فعندهم قولان أرجحهما أنها تكون للقاضي[2].

---

(١) الكاساني ج٥ ص ١٥٥، رد المحتار لابن عابدين ج٢ ص ١٥١. الزيلعي وحاشية الشلبي ج٥ ص ١٩٦، المغني ج٤ ص ٤٧١، كشاف القناع ج٢ ص ٢٣٣ وما بعدها، منتهى الإرادات ج٢ ص ١٥٤، شرح منهج الطلاب وحاشية البجيرمي ج٢ ص ٤٣٦ وما بعدها، الشرح الصغير للدردير ج٢ ص ١٣٠ ـ ١٣١.

(٢) النيابة عن الغير، المرجع السابق، ص ٥٣ ـ ٥٥. هذا وإن القانون المدني العراقي نص بمادته (١٠٢) على أن «ولي الصغير هو أبوه ثم وصي أبيه ثم جده الصحيح ثم وصي الجد ثم المحكمة أو الوصي الذي نصبته المحكمة». وجاء في المادة ٧٦ من قانون الأحوال الشخصية العراقي: «يشترط في الوصي توفر الأهلية القانونية والشرعية». ومعنى هذا توافر الشروط التي نص عليها فقهاء الشريعة والتي ذكرنا خلاصتها في أعلاه.

٣٨٩ ـ شروط الولاية المالية على الصغير ومن في حكمه:

يشترط في الولي أن يكون ذا أهلية أداء كاملة، فلا ولاية للصغير ولا للمجنون على مال الصغير، لأنهما لا يملكان هذه الولاية على أموالهما فلأن لا تثبت لهما على مال الغير أولى، إذ أن فاقد الشيء ـ كما يقال ـ لا يعطيه. ويشترط في الولي أيضاً أن يكون أميناً، قادراً على ما يدخل ضمن ولايته من التصرفات. كما يشترط اتحاد الدين بين الولي والمولى عليه. فلا ولاية لغير المسلم على المسلم باتفاق الفقهاء. وكذلك لا ولاية للمسلم على غير المسلم عند جمهور الفقهاء[١] خلافاً للجعفرية إذ تجوز عندهم هذه الولاية[٢]. أما ثبوتها بين غير المسلمين فجائزة بلا خلاف بين الفقهاء[٣]. وإذا استوفى الولي هذه الشروط ثم أصبح غير أمين وجب عزله، وإن طرأ عليه العجز لا يعزل، بل يضم إليه القاضي من يعينه ليكمل نقصه ويحصل مقصود الولاية[٤].

٣٩٠ ـ تصرفات الولي:

يشترط في تصرفات الولي أن تكون في مصلحة المولى عليه، أي: الصغير ومن في حكمه، لأن هذه الولاية لم تثبت إلا رعاية لمصلحة الصغير ومن في حكمه كالمجنون ونحوه، يدل على ذلك قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ [الأنعام: ١٥٢] وعلى هذا الأساس لا يملك الولي إنشاء العقود والتصرفات الضارة بالمولى عليه ضرراً محضاً كالهبة وسائر التبرعات. وله مباشرة التصرفات النافعة كقبول الهبة والوصية والكفالة لمال المولى عليه. أما العقود

---

(١) كشاف القناع ج٢ ص ٢٢٣، شرح منتهى الإرادات ج٥ ص ١٥٤، منهج الطلاب وحاشية البجيرمي ج٢ ص ٤٤١، الكاساني ج٥ ص ١٥٣.

(٢) جاء في كتاب الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية، تأليف الشيخ عبد الكريم رضا الحلي، في المادة ٣٩، ص ١١: «لا ولاية في النكاح ولا في المال لذمي على مسلم.. وتثبت للمسلم على الذمي».

(٣) كتابنا أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام ص ٤٦١.

(٤) الأستاذ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص ٣٣٧. هذا، وإن القانون المدني العراقي أجاز للمحكمة أن تقيد من ولاية الولي أو تسلبه هذه الولاية إذا عرف عنه سوء التصرف: انظر الفقرة الثانية من المادة ١٠٣.

والتصرفات المترددة بين النفع والضرر، أي التي تحتمل بطبيعتها النفع والضرر، كالبيع والشراء والإجارة، فيجوز للولي مباشرتها برأيه واجتهاده بشرط أن لا يكون فيها غبن فاحش، فإن كان لم تنفذ في حق المولى عليه.

وما ذكرناه هو القاعدة العامة في تصرفات الأولياء. وهناك بعض الفروق بين الأولياء من جهة مدى ما يباح لهم إجراؤه من العقود والتصرفات فمن ذلك أن الأب له أن يبيع مال الصغير لنفسه، كما له أن يشتري للصغير مال نفسه، بينما لا يجوز هذا لوصي الأب عند جمهور الفقهاء، وأجازه بعضهم بشرط الخيرية، أي بشرط أن يكون في ذلك نفع ظاهر للمولى عليه بأن يشتري الولي مال الصغير لنفسه بنصف قيمته وأن يبيعه مال نفسه بنصف قيمته(١).

المبحث الرابع
الوكالة

٣٩١ ـ تمهيد:

الوكالة، نوع من أنواع الولاية كما ذكرنا. وهي في اللغة تطلق على معان: منها الحفظ والتفويض والاعتماد. وفي اصطلاح الفقهاء: إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف مملوك له معلوم قابل للنيابة(٢). كما لو وكل إنسان آخر في بيع داره أو فرسه.

---

(١) انظر تفصيل ما يباح للأولياء من التصرفات وما لا يباح: البدائع للكاساني ج٥ ص ١٣٦ وما بعدها، وكشاف القناع ج٢ ص ٢٢٤ وما بعدها، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٦٣ ـ ١٦٤. هذا وأن القانون المدني العراقي أشار إلى بعض ما يشترط في تصرفات الأولياء وما يباح لهم. ومن ذلك ما جاء في المادة (١٠٣): «الأب والجد إذا تصرفا في مال الصغير وكان تصرفهما بمثل القيمة أو بيسير الغبن صح العقد ونفذ. أما إذا عرفا بسوء التصرف فللحاكم أن يقيد من ولايتهما أو أن يسلبهما هذه الولاية».

(٢) الأستاذ أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ١٥٨، والأستاذ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص ٣٠.

وعرفت المادة ٩٢٧ من القانون المدني العراقي الوكالة بقولها: «الوكالة عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم».

٣٩٢ ـ ركن الوكالة:

ركن الوكالة الإيجاب والقبول كما هو الحال في سائر العقود. فتنعقد الوكالة بأية عبارة تصدر من الموكل دالة على الإنابة والتوكيل، أو بما يقوم مقامها من كتابة أو إشارة، ويقبول من الآخر بالقول، أو بالفعل كما لو قال شخص لآخر: وكلتك في كذا وسكت الآخر ثم باشر ما وكله. ولا يشترط لانعقادها اتحاد المجلس، فلو وكله في غيبته فعلم بما وكله فيه ثم باشره صحت الوكالة ولكن لو ردّ الإيجاب ثم باشر ما وكله به كان في عمله فضولياً يتوقف نفاذه على إجازة الموكل.

والوكالة تنعقد منجزة ومعلقة، ومضافة إلى المستقبل. فلو قال: وكلتك ببيع داري فقال الآخر: قبلت، انعقدت منجزة. ولو قال: وكلتك ببيع داري إذا سافرت إلى خارج العراق فقبل الآخر التوكيل، انعقدت معلقة. ولو قال: وكلتك بقبض رواتبي ابتداء من الشهر القادم فقبل الآخر انعقدت مضافة إلى المستقبل. وإنما جازت الوكالة في جميع هذه الحالات لأن في الناس حاجة إلى عقدها بجميع هذه الصور[1].

٣٩٣ ـ شروط الوكالة:

لا بد لانعقاد الوكالة وصحتها من توافر شروط معينة في كل من الموكل والوكيل وما يجري فيه التوكيل. ونتكلم فيما يلي عن هذه الشروط بإيجاز:

أولاً: ما يشترط في الموكل:

يشترط في الموكل أن يكون مالكاً للتصرف الذي يوكل فيه الغير، أي أن يكون أهلاً لمباشرة التصرف لنفسه. وفي هذا يقول صاحب المغني: «كل من صح تصرفه بشيء لنفسه وكان مما تدخله النيابة صح أن يوكل فيه رجلاً أو امرأة..» إلى آخر ما قال[2]. وهذا شرط معقول، لأن الوكيل يستمد ولايته من موكله فإذا لم يملك الموكل مباشرة تصرف ما لم يستطع أن يوكل غيره فيه؛ لأن الإنسان لا يستطيع أن

---

(١) المغني ج٥ ص ٨٥، الكاساني ج٦ ص ٢١، كشاف القناع ج٢ ص ٢٣٢.
(٢) المغني ج٥ ص ٧٩.

يملك غيره ما لا يملك هو، وفاقد الشيء لا يعطيه كما يقولون... وعلى هذا لا يصح توكيل المجنون والصبي غير المميز مطلقاً ولا توكيل صبي مميز بتصرف ضار ضرراً محضاً ولو أذن به الولي ويصح توكيله بالتصرف الذي ينفعه بلا توقف على إذن الولي، وبالتصرف الدائر بين النفع والضرر إذا أجازه الولي، وبدون هذه الإجازة إن كان الصبي المميز مأذوناً بالتجارة، وبهذا أخذ القانون المدني العراقي[1]. ويصح توكيل السفيه فيما يملك مباشرته من التصرفات.

ثانياً: ما يشترط في الوكيل:

يشترط في الوكيل أن يكون ذا عبارة معتبرة، أي: عاقلاً مميزاً، ولكن لا يشترط فيه البلوغ ولا الرشد، فيصح توكيل كامل الأهلية وناقصها، ولا يختلفان إلا في حقوق العقد فهي ترجع إلى الموكل إذا كان الوكيل ناقص الأهلية وترجع إلى الوكيل نفسه إذا كان كامل الأهلية[2]. ولا يصح أن يكون الوكيل مجنوناً ولا صبياً غير مميز؛ لأن عبارة كل منهما غير معتبرة مطلقاً ولا ينعقد بها أي تصرف. وذهب فريق من الفقهاء كالشافعية والحنابلة، إلى أن الشرط في الوكيل أن يكون مالكاً مباشرة التصرف لنفسه؛ لأن القاعدة: «من لا يملك التصرف في شيء لنفسه لا يصح أن يتوكل فيه»[3]. وعلى هذا لا يصح أن يكون الصبي المميز وكيلاً إلا فيما يملك مباشرته لنفسه كقبول الهبة.

ثالثاً: ما يشترط في الموكل فيه:

أ ـ أن يكون معلوماً للوكيل، ولا تضر الجهالة اليسيرة فيه إذا كانت الوكالة خاصة، ولا الجهالة الفاحشة إذا كانت الوكالة عامة كما لو قال لوكيله اشتر لي ما

---

(١) الفقرة الأولى من المادة ٩٣٠ من القانون المدني العراقي.

(٢) الأستاذ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص ٣٤٢. وقد أجاز القانون المدني العراقي أن يكون الوكيل صبياً مميزاً ولم يشترط فيه البلوغ، فقد جاء في الفقرة الثانية من المادة ٩٣٠: «ويشترط أن يكون الوكيل عاقلاً مميزاً ولا يشترط أن يكون بالغاً، فيصح أن يكون الصبي المميز وكيلاً وإن لم يكن مأذوناً».

(٣) المغني ج٥ ص ٧٩ ـ ٨٠.

شتت. فإذا سلم محل الوكالة من الجهالة على النحو الذي ذكرناه، جاز أن ترد الوكالة على جميع العقود والتصرفات، التي تقبل النيابة. فيجوز التوكيل بالخصومة أي بالتقاضي والترافع أمام القضاء، وبالبيع والشراء والهبة، والزواج والطلاق وغير ذلك من العقود والتصرفات التي يملك الموكل مباشرتها لنفسه. وهكذا وسع التشريع الإسلامي دائرة الوكالة وما يصح أن يكون فيه التوكيل، وهذا ما امتازت به الشريعة الإسلامية على القانون الروماني وغيره من القوانين القديمة[1].

ب ـ أن يكون من التصرفات الجائزة شرعاً، فلا يجوز التوكيل في الغصب والاعتداء على مال الغير ولا في الجنايات وسائر المحرمات، لأن الأفعال المحرمة شرعاً لا يجوز ولا تباح للموكل فلا تجوز النيابة فيها ولا تباح للوكيل.

ج ـ أن يكون مما يقبل النيابة، كالبيع والشراء والمساقاة والرهن والارتهان والإعارة والاستعارة ونحو ذلك من العقود والتصرفات التي لا ينظر فيها إلا لوقوعها وتحصيلها ولا ينظر إلى شخص فاعلها. أما التصرفات التي ينظر فيها إلى شخص فاعلها فلا تقبل النيابة، لأن المقصود منها لا يحصل إلا بصدورها من شخص معين، كالشهادة فهي تتعلق بعين الشاهد لكونها خبراً عما رآه أو سمعه ولا يتحقق هذا المعنى في نائبه وكذلك الأيمان لا يصح التوكيل فيها لعدم قابليتها للنيابة لأنها تتعلق بشخص الحالف. ومثلها الإيلاء والقسامة واللعان لأنها أيمان فلا يصح التوكيل فيها[2].

---

(١) يقول الأستاذ الدكتور السنهوري في كتابه الوسيط هامش (١) ص ١٨٩ : «إذا كانت النيابة تبدو في القانون الحديث نظاماً منطقياً معقولاً، فإن الأمر لم يكن كذلك في القوانين القديمة. فقد كانت هذه القوانين تستعصي على فكرة النيابة ولم تسلم بها إلا تدرجاً وفي حدود معينة». ويقول أيضاً في كتابه نظرية العقد هامش (٣) ص ٣٠٨، نقلاً عن كتاب المدخل للفقه الإسلامي للأستاذ مدكور ص ٦٣٠، ما نصه: «إن القانون الروماني وحتى القانون الفرنسي الحديث كلاهما لم يصل إلى ما وصل إليه الفقه الإسلامي في عقد الوكيل الذي أجاز الوكالة في كل العقود...». ويقول الدكتور شفيق شحاتة في كتابه النظرية العامة للالتزامات في الفقه الإسلامي ص ١٦١ : «ومبدأ النيابة هذا لم يصل إليه التشريع الروماني إلا بعد جهد عنيف وهو قد بقي مجهولاً من التشريع الفرنسي القديم. أما الفقه الإسلامي قد قال بالنيابة التامة، وبالنيابة التامة ـ إلى حدود بعيدة جداً».

(٢) المغني ج ٥ ص ٨١ ـ ٨٢.

٣٩٤ ـ أقسام الوكالة:

تنقسم الوكالة إلى خاصة وعامة، ومطلقة ومقيدة.

فالوكالة الخاصة هي ما كانت متعلقة بتصرف معين كبيع دار أو شراء سيارة أو توكيل في دعوى معينة. ولا خلاف في صحة هذه الوكالة.

والوكالة العامة ما كانت غير محصورة بتصرف معين، كما لو قال شخص لآخر أنت وكيلي في كل شيء أو فيما لي من حقوق وتصرفات، فيملك الوكيل بهذه الوكالة كل تصرف جائز مملوك للموكل. وفي صحة الوكالة العامة خلاف بين الفقهاء، فمنهم من أجازها بإطلاق. ومنهم من أبطلها لما فيها من الضرر والخطر وتعرض أموال الموكل للزوال بهبتها، مثلاً، من قبل الوكيل. ومنهم من أجازها مع استثناء ما فيه ضرر بالموكل كالتبرعات، وإيقاع الطلاق، فلا تجوز هذه التصرفات بدون نص صريح عليها[1]. والقانون المدني العراقي أخذ برأي من أجازها بإطلاق[2].

والوكالة المقيدة، هي التي يحدد فيها الموكل للوكيل حدود تصرفه ويرسم له طريق هذا التصرف، كما لو قال له وكلتك في بيع داري هذه بكذا مبلغ. فلا يجوز للوكيل في هذه الحالة أن يخالف ما قيد به الموكل إلا إذا كانت المخالفة إلى ما فيه خير للموكل، كما لو قيده بأن يبيع الدار بألف دينار فباعها بألف ومئة دينار. أما لو باع الدار بأقل من ألف فإن البيع يكون موقوفاً على إجازة الموكل، وعند بعضهم كالشافعي يقع باطلاً[3].

والوكالة المطلقة، هي الخالية من كل قيد، كما لو قال: وكلتك في بيع داري، فله أن يبيعها بما يراه من الثمن المناسب ولا يتقيد بثمن معين. ولكن ذهب بعض الفقهاء إلى أن الوكالة المطلقة تقيد بما يقضي به العرف، ففي مثالنا هذا لا يجوز

(١) المغني ج٥ ص ٨٦.

(٢) المادة ٩٣١ من القانون المدني العراقي.

(٣) المغني ج ٥ ص ٢٢٠، الكاساني ج٦ ص ٢٧، كشاف القناع ج٢ ص ٢٣٩، مغني المحتاج ج٢ ص ٢٢٣.

للوكيل أن يبيع الدار بغبن فاحش أو بما لا يباع به عادة. وذهب أبو حنيفة إلى أن التوكيل المطلق يجري على إطلاقه ولا يتقيد بشيء لا بعرف ولا بغيره، لأن الموكل لو أراد تقييده بشيء لصرح بذلك، فعدم التصريح دل على تركه الأمر للوكيل يتصرف به كما يشاء(١).

٣٩٥ ـ إنابة الوكيل غيره فيما وكل فيه:

يجوز للوكيل أن يوكل غيره فيما وكله الموكل إذا فوض الرأي له في هذا التصرف، كما لو قال: فوضت إليك الأمر، أو اعمل برأيك كيف شئت. ففي هذه الحالة يجوز أن يباشر الوكيل التصرف بنفسه أو يوكل غيره به. فإن وكل كان الوكيل الثاني وكيلاً عن الموكل لا عنه. وإذا لم يفوض الموكل الرأي للوكيل فلا يجوز له أن يوكل غيره في مباشرته إلا بالإذن الصريح من الموكل لأن الموكل إنما رضي برأيه لا برأي غيره(٢).

٣٩٦ ـ تعدد الوكلاء:

يجوز أن يتعدد الوكلاء في تصرف واحد. فإن كان توكيلهم في عقد واحد لم يكن لأحدهم مباشرته منفرداً، بل لا بد من مباشرته من قبلهم مجتمعين إلا إذا صرح الموكل لهم بذلك عند توكيلهم. ويستثنى من ذلك ما لا يحتاج فيه أخذ الرأي كرد الودائع والمغصوب والمبيع بيعاً فاسداً وقبض الديون وإيفائها. كما يستثنى ما لا يمكن اجتماعهم عليه كالترافع أمام المحكمة. وإن كان توكيلهم بعقود متعددة كان لكل منهم الانفراد في مباشرة التصرف دون حاجة لأخذ رأي الآخرين، فإذا ما باشره انتهت وكالة الباقين بتمام التصرف(٣).

---

(١) المغني ج٥ ص ١٢١، الأستاذ محمد شلبي، المرجع السابق، ص ٣٤٦ ـ ٣٤٨.

(٢) الأستاذ علي الخفيف، المرجع السابق، ص ١٠٣، وقد أخذ القانون المدني العراقي بهذه الأحكام الفقهية، انظر المادة ٩٣٩ منه.

(٣) الكاساني ج٦ ص ٣٣. وقد أخذ القانون المدني العراقي بهذه الأحكام الفقهية، انظر المادة ٩٣٨ منه.

٣٩٧ ـ حكم العقد وحقوقه، ولمن ترجع؟

حكم العقد هو أثره المترتب عليه، وهو غرض العاقدين من إنشائه. أما حقوقه فهي ما يترتب عليه لطرفيه من حقوق والتزامات ومطالبات تؤكد حكمه وتقرره وتكمله. فعقد البيع مثلاً حكمه انتقال ملكية المبيع إلى المشتري. وملكية الثمن إلى البائع. وحقوقه إلزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري، وحق البائع بمطالبة المشتري بالثمن، وحق المشتري في الرجوع على البائع بالثمن إذا ظهر مستحق للمبيع، وحقه في رد المبيع إلى البائع إذا ظهر فيه عيب قديم ونحو ذلك من الحقوق التي تثبت لكل عاقد قبل العاقد الآخر.

أما رجوع حكم العقد وحقوقه إلى الموكل أو الوكيل ففيه تفصيل. وجملة القول فيه على النحو التالي:

أولاً: حكم العقد:

اتفق الفقهاء على أن حكم العقد يرجع إلى الموكل، لأن الوكيل ينفذ إرادته، والولاية الأصلية هي للموكل وإنما استفاد الوكيل ولايته منه. فناسب ذلك كله رجوع حكم العقد إلى الموكل، سواء أضاف الوكيل العقد إلى الموكل أم أضافه إلى نفسه في عقود المعاوضات. ولكنهم اختلفوا في كيفية ثبوت الحكم للموكل؛ فالحنفية ومن وافقهم يذهبون إلى أن الحكم يثبت أولاً للوكيل ثم ينتقل فوراً إلى الموكل بموجب عقد التوكيل[1]. وعند فريق آخر من الفقهاء، ومنهم الشافعية والحنابلة، يثبت الحكم للموكل رأساً دون ثبوته للوكيل ثم انتقاله إلى الموكل، قال صاحب المغني: «وإذا اشترى الوكيل لموكله شيئاً بإذنه انتقل الملك من البائع إلى الموكل ولم يدخل في ملك الوكيل وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: يدخل في ملك الوكيل ثم ينقل إلى الموكل»[2].

(١) الفقه الإسلامي للأستاذ محمد سلام مدكور ص ٤٨٦.
(٢) المغني ج٥ ص ١٣٠.

ثانياً: حقوق العقد:

أ ـ العقود التي يحتاج إضافتها إلى الموكل حتى تقع عنه، كالنكاح والخلع، ترجع حقوقها إلى الموكل، ويكون الوكيل فيها سفيراً ومعبراً محضاً عن الموكل. وعلى هذا لا يطالب بالمهر وكيل الزوج في عقد الزواج، وإنما يطالب به الزوج نفسه إلا إذا كان الوكيل قد ضمن المهر عن الزوج فيطالب به بحكم الضمان لا بحكم الوكالة. وكذلك لا حق لوكيل الزوجة في عقد الزواج في قبض مهرها، وإنما هذا الحق للزوجة ولها أن توكل من تشاء في قبضه[1].

ب ـ العقود التي لا يحتاج فيها إلى الإضافة إلى الموكل، أي التي تقع عن الموكل سواء أضافها الوكيل إلى نفسه أو أضافها إلى الموكل، كالبياعات والأشربة والإجارات، هذه العقود ترجع حقوقها إلى الوكيل إذا أضافها لنفسه ولا ترجع إلى الموكل. ففي عقد البيع مثلاً يملك الوكيل دون الموكل الحق في مطالبة المشتري بالثمن، حتى لو أن الموكل طالبه به فأبى المشتري لم يجبر على التسليم، ولكن لو أداه إليه برئ منه استحساناً. وإذا استحق المبيع في يد المشتري، وكان قد دفع الثمن إلى الوكيل، رجع المشتري عليه بالثمن. وكذلك الوكيل بالشراء هو المطالب بالثمن دون الموكل. وهكذا الحكم بالنسبة لعقود المعاوضات الشبيهة بعقد البيع، كالإجارة والاستئجار. أما إذا أضاف هذه العقود إلى الموكل فإن حقوقها ترجع إلى الموكل. ويلاحظ هنا أن رجوع حقوق العقد إلى الوكيل في حالة إضافته العقد إلى نفسه إنما يكون إذا كان الوكيل غير محجور عليه. فإن كان محجوراً، كالصبي المميز، فإن حقوق العقد ترجع إلى الموكل أيضاً لأن الوكيل هنا ليس أهلاً لرجوع الحقوق إليه، لأن الوكالة ضمان وكفالة، والصبي ليس من أهلها[2]. وذهب فريق من الفقهاء، ومنهم الحنابلة إلى أن حقوق العقد ترجع إلى الموكل دون الوكيل،

---

(١) أحكام العقود في الشريعة الإسلامية للشيخ علي قراعة ص ٥٣ ـ ٥٤.

(٢) الكاساني ج٦ ص ٣٣. الأستاذ علي قراعة، المرجع السابق، ص ٥٤ ـ ٥٥، الأستاذ علي الخفيف، المرجع السابق، ص ١٠٥، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي للأستاذ مدكور ص ٤٨٩، الأستاذ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص ٣٥٢.

ففي المغني لابن قدامة، «ولا نسلم أن حقوق العقد تتعلق به ـ أي بالوكيل ـ وإنما تتعلق بالموكل»[١].

٣٩٨ ـ علاقة الوكيل بموكله:

إذا كان التوكيل بأجرة كان ما بين الوكيل والموكل وكالة وإجارة معاً، فتكون العلاقة بينهما علاقة الأجير بمؤجره، ويكون الوكيل ملزماً بإتمام ما وكل به، ولا يجوز له التخلي عنه. ومعنى ذلك أن الوكالة هنا تكون ملزمة ولا يجوز فسخها إلا إذا كان هناك مسوغ لفسخ عقد الإجارة فتفسخ به. وإذا كان التوكيل بغير أجر، اعتبر الوكيل متفضلاً بمعونته ومتبرعاً بعمله فلا يملك الموكل إلزامه بالقيام بما وكل به والمضي فيه، بل للوكيل أن يتخلى عن الوكالة في أي وقت شاء، كما أن للموكل أن يعزله متى أراد. ومعنى ذلك أن الوكالة هنا تكون غير ملزمة[٢]. وإذا خلا عقد الوكالة من ذكر الأجرة وحصل نزاع بشأنها حكم العرف بذلك، فإن قضى العرف بالأجرة للوكيل استحقها وإلا لم يستحقها. هذا وإن الوكيل أمين فلا يضمن للموكل ما يهلك في يده من أمواله إلا إذا كان الهلاك بتعد منه أو تقصير.

٣٩٩ ـ انتهاء الوكالة[٣]:

تنتهي الوكالة بجملة أمور، منها:

أ ـ مباشرة الموكل ما وكل به وكيله قبل مباشرة الأخير له.

ب ـ عزل الموكل وكيله من الوكالة. ولا ينفذ العزل قبل علم الوكيل به، ولهذا تنفذ تصرفاته في حق الموكل قبل علمه بالعزل. وذهب بعض الفقهاء إلى أن الوكيل ينعزل بعزل الموكل دون حاجة لعلم الوكيل به. فإذا تصرف قبل علمه نفذ عليه.

---

(١) المغني ج٥ ص ١٣١.

(٢) بداية المجتهد ج٢ ص ٢٥٣، الأستاذ علي الخفيف، المرجع السابق، ص ١٠٦ ـ ١٠٧، الفقه الإسلامي للأستاذ مذكور ص ٤٧٥، ٤٩٠.

(٣) الكاساني ج٦ ص ٣٦. علي الخفيف، المرجع السابق، ص ١٠٧ ـ ١٠٨، الدكتور محمد يوسف موسى، المرجع السابق، ص ٣٨٩ ـ ٣٩٠.

وكذلك بإخراج الوكيل نفسه من الوكالة، ويشترط في هذا علم الموكل به.

ج ـ انتهاء محل الوكالة بقيام الوكيل تنفيذ ما وكل به، أو بهلاك العين الموكل بالتصرف فيها.

د ـ خروج الوكيل عن أهلية الوكالة كما لو جن، ولا يشترط علم الموكل بذلك.

هـ ـ خروج الموكل عن أهليته للتصرف الذي وكل به ولا يشترط علم الوكيل بذلك.

ويلحظ هنا أن انتهاء الوكالة بخروج الموكل عن أهليته لمباشرة ما وكل به، وبعزل الموكل للوكيل، وبإخراج الوكيل نفسه من الوكالة، يشترط في هذه الحالات لانتهاء الوكالة أن لا يتعلق بالوكالة حق للغير، أي لغير الموكل، فإذا تعلق بها حق لغيره لم ينعزل إلا برضاه، حتى يحفظ الحق على صاحبه، وذلك كالوكيل ببيع الرهن إيفاء الدين المرتهن.

المبحث الخامس

الفضولي

٤٠٠ ـ الفضولي في اللغة: من يشتغل بما لا يعنيه ولا يخصه. وفي اصطلاح الفقهاء: من يتصرف في شؤون الغير تصرفاً لا ولاية له في إصداره كمن يبيع ملك غيره من غير إذنه ولا ولاية له عليه.

٤٠١ ـ حكم عقد الفضولي[1]:

إذا باشر الفضولي عقداً، أو أي تصرف قولي، انعقد ما باشره موقوفاً على إجازة صاحب الشأن فيه، أي من صدر التصرف لأجله، فإن أجازه نفد وإن لم يجزه بطل. وإلى هذا ذهب فريق من الفقهاء كالحنفية والمالكية. وذهب غيرهم كالشافعية والحنابلة على الراجح عندهم أن تصرف الفضولي يقع باطلاً فهو في حكم المعدوم، فلا تنفعه إجازة، لأن الإجازة تلحق العقد الموجود لا المعدوم.

---

(١) الكاساني ج٥ ص ١٤٨ ـ ١٤٩، بداية المجتهد ج٢ ص ١٥٠، كشاف القناع ج٢ ص ١١ ـ ١٢.

احتج الأولون بأن العقود وسائر التصرفات شرعت لمصلحة الناس. والفضولي غالباً يقصد بتصرفه المصلحة لمن تصرف لأجله، ولهذا الأخير أن يجيزه إن رأى مصلحته في إجازته وله إبطاله إذا لم ير المصلحة فيه. فعقد الفضولي إذن لا ضرر فيه على صاحب الشأن، ومن ثم لا مبرر للقول بوقوعه باطلاً. كما احتجوا بأن نصوص إباحة التصرفات وصحتها جاءت عامة دون أن تستثنى منها عقود الفضولي.

واحتج أصحاب القول الثاني بأن تصرفات الفضولي تصرف فيما لا يملك، وقد نهى الشارع عن تصرف الإنسان فيما لا يملك، فقد جاء في الحديث: «لا تبع ما ليس عندك»[1]. وتصرف الفضولي تصرف فيما لا يملكه فلا يجوز. واحتجوا أيضاً بأن وجود العقد وجوداً شرعياً يتوقف على قيام الأهلية والولاية معاً في العاقد، فإذا فقدهما أو فقد أحدهما لم يوجد العقد. وحيث إن الفضولي لا ولاية له أصلاً على إنشاء هذا التصرف فيكون إذن باطلاً.

٤٠٢ ـ الراجح من القولين وشروط الأخذ به:

والراجح ما ذهب إليه أصحاب القول الأول لما استدلوا به. ولكن اعتبار عقد الفضولي موقوفاً على الإجازة على هذا القول الراجح مقيد بشرطين، هما:

الشرط الأول: أن يكون لعقد الفضولي مجيز وقت إنشائه. أي يوجد وقت إنشائه من له الحق في إجازته. والذي له الحق في إجازته هو من يستطيع إصدار هذا العقد بنفسه، فإن لم يوجد كان العقد باطلاً فلا تلحقه الإجازة. فإذا باع الفضولي مالاً لعاقل رشيد كان العقد موقوفاً. لأن المالك ـ وهو هنا عاقل رشيد ـ يستطيع أن يعقد البيع بنفسه فيملك إجازته إذا صدر من الفضولي. ولكن لو باع فضولي عقاراً لصغير بغبن فاحش كان العقد باطلاً ولا تفيده الإجازة لا من الصغير ولا من وليه. لأن الصغير محجور عليه، والولي لا يملك إصدار هذا التصرف المضر بالصغير لما فيه من غبن فاحش، فلا يملك إجازته، فيقع باطلاً لعدم وجود المجيز وقت إنشائه.

(١) تيسير الوصول إلى جامع الأصول من حديث الرسول لابن الديبع الشيباني ج١ ص ٥٦ ـ ٥٧.

الشرط الثاني: ويشترط أن لا يمكن تنفيذ العقد على الفضولي إذا لم يجزه صاحب الشأن. فإذا باع الفضولي مال غيره أو أجَّره كان موقوفاً لعدم إمكان نفاذه على الفضولي إذا لم يجزه المالك. ولكن إذا أمكن تنفيذ العقد على الفضولي إذا لم يجزه من عقده له، فإن العقد ينفذ على الفضولي إذا لم يجزه، كما لو اشترى عقاراً ولم يضف العقد إلى من أجري العقد لأجله، فإن الشراء في هذه الحالة ينفذ على الفضولي إذا رده من كان العقد لأجله. والسبب في هذا الحكم هو أن الأصل أن الإنسان يعقد لنفسه إلا إذا قام الدليل على خلاف ذلك، ولأن الفضولي ملتزم بالعقد أمام العاقد الآخر الذي لا يعرف سواه، فينفذ العقد في حق الفضولي.

٤٠٣ ـ أثر الإجازة:

أثر الإجازة في عقد الفضولي أنها تجعله نافذاً من وقت إنشائه إذا كان من عقود المعاوضات، لأن آثار هذه العقود لا تتراخى عنها، بل تثبت من حيث وجودها، فيكون، إذن، نفاذها من حيث تمام إنشائها. أما العقود التي تقبل التعليق، كالكفالة والحوالة والوكالة والطلاق، إذا باشرها الفضولي فإنها تعتبر نافذة من وقت إجازتها لا من وقت صدورها. لأن صدور هذه العقود من الفضولي يجعلها معلقة في المعنى على إجازة المجيز، وحيث أن العقد المعلق لا ينفذ إلا إذا تحقق الشرط، فكذا الحكم هنا، فلا تنفذ هذه العقود إلا من وقت الإجازة.

هذا وإن الإجازة اللاحقة التي تجعل عقد الفضولي نافذاً، تجعل أيضاً الفضولي نفسه وكيلاً عن المجيز لا من وقت الإجازة وإنما من قبل إنشاء العقد الذي قام به، ولهذا يقول الفقهاء: الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة. أي إن كان المجيز بإجازته قد وكل الفضولي بما قام به قبل مباشرته العقد. ويترتب على هذه القاعدة أن أحكام الوكالة تثبت في حق الفضولي والمجيز، وأن آثار العقد وأحكامه بهذه الإجازة تثبت من وقت نفاذ العقد.

٤٠٤ ـ شروط صحة الإجازة[1]:

يشترط لصحة الإجازة واعتبارها جملة شروط، وهي:

أ ـ أن تصدر الإجازة ممن له الحق في إصدارها، وهو من له الولاية على إنشاء عقد الفضولي ابتداء، فإن صدرت الإجازة من غير هذا لم يكن لها اعتبار. وعلى ذلك إذا باع الفضولي مال الصغير وكان له وصي فأجاز القاضي البيع لم ينفذ لعدم صحة هذه الإجازة إذ ليس للقاضي ولاية إنشاء العقد مع وجود الوصي، فلا يملك إجازته إذا صدر منه الفضولي.

ب ـ أن تصدر الإجازة حال حياة الفضولي، وهذا إذا كان الفضولي يصير بالإجازة وكيلاً لا سفيراً، وهو يكون وكيلاً في عقود المعاوضات التي ترجع حقوقها إليه عندما يضيفها إلى نفسه كالبيع والإجازة. وإنما يشترط هذا الشرط لأن مباشرة الفضولي هذه العقود تقتضيه عند إجازتها أن يقوم على حقوقها وتنفيذها بعد مباشرته هذه العقود فاستلزم ذلك كله أن تكون الإجازة حال حياته. أما العقود الأخرى التي يعتبر فيها الفضولي سفيراً بعد الإجازة، ومعبراً محضاً عن المجيز فلا يشترط صدور الإجازة حيال حياة الفضولي، بل تصح بعد وفاته، لأن مهمته تنتهي بانتهاء عبارته، كما لو زوج الفضولي امرأة ثم مات فللمرأة أن تجيز هذا العقد بعد وفاته.

ج ـ أن تصدر الإجازة في حياة العاقد الآخر الذي تعاقد مع الفضولي حتى يظهر أثر نفاذها في حقه فيطالب بما صار عليه من حق، ويطالب بما صار له من حق.

د ـ أن تصدر حال بقاء محل العقد، حتى يظهر أثر العقد فيه. وعلى هذا لا تصح إجازة عقد البيع بعد هلاك المبيع، لأن أثر العقد لا يظهر في معدوم فلا تصح الإجازة.

٤٠٥ ـ فسخ العقد قبل الإجازة:

عقد الفضولي موقف على إجازة من عقد له، كما قلنا. فمن البديهي أن يكون

---

(١) الكاساني ج٥ ص ١٤٩، فتح القدير ج٥ ص ٣١١، الأستاذ علي الخفيف، المرجع السابق، ص ١١١.

لصاحب الشأن فيه الحق في إبطاله بعدم إجازته. وكذلك يثبت هذا الحق للفضولي في عقود المعاوضات التي ترجع حقوقها إليه حتى يتخلص من هذه الحقوق لو أجاز صاحب الشأن هذه العقود. وأخيراً فإن لمن تعاقد مع الفضولي حق فسخ العقد أيضاً ولو بعد قبوله ما دام صاحب الشأن لم يجز العقد بعد. وإنما كان للعاقد الآخر هذا الحق لأن العقد لم يتم ولأن من حق هذا العاقد أن يدفع عن نفسه ما عسى أن يلحقه من أضرار بسبب تعاقده مع من لا ولاية له على إنشاء العقد[1].

(١) الكاساني ج٥ ص ١٥١.

الفصل الرابع

عيوب العقد

٤٠٦ ـ تمهيد:

قلنا ـ فيما سبق ـ: إن العقد في حقيقته تلاقي إرادتي العاقدين واتفاقهما على إنشاء عقد معين. وهذا الاتفاق يتضمن رغبة العاقدين فيه ورضاؤهما به. ولكن قد يكون في إرادة العاقد خلل يجعلها معيبة غير صالحة لتكوين عقد سليم، فينشأ العقد معيباً لا تترتب عليه الآثار المقررة له شرعاً لو كان قد نشأ صحيحاً. وهذه العيوب التي قد تلحق الإرادة وتلابس إنشاء العقد ترجع في غالب صورها إلى الغلط والغبن والتغرير والإكراه. ونتكلم عن كل واحد منها في مبحث على حدة.

المبحث الأول

الغلط

٤٠٧ ـ الغلط ـ كعيب من عيوب الإرادة ـ حالة تقوم بالنفس تحمل توهم غير الواقع[1]. والذي نريده بالغلط هنا هو ما كان متعلقاً بمحل العقد. والغلط في محل العقد إما أن يكون في جنسه وإما أن يكون في وصفه. فمن الأول أن يشتري ياقوتاً فإذا هو زجاج، أو يشتري ثوباً على أنه من صوف فإذا هو من قطن. ومن الثاني أن يشتري ياقوتاً على أنه أحمر فإذا هو أصفر، أو يشتري البقرة على أنها حلوب فإذا هي غير حلوب، أو يشتري قطناً على أنه مصري المنشأ فإذا هو ياباني.

٤٠٨ ـ الغلط الباطني والظاهري:

والغلط بنوعيه، أي ما كان متعلقاً بالجنس أو بالوصف، قد يكون باطنياً، وقد

(١) مصادر الحق للسنهوري ج٢ ص ١٠٤.

يكون ظاهرياً. فالغلط الباطني ما كان قائماً في تصور العاقد واعتقاده، أي أن يتوهم العاقد محل العقد على غير ماهيته أو على غير صفته، ولا يوجد في صيغة العقد ما يدل على توهمه هذا. كمن يشتري خاتماً من النحاس معروضاً أمامه يعتقده من الذهب، ولا يذكر في صيغة العقد ما يدل على اعتقاده، أو يشتري بقرة يعتقد أنها كثيرة الدر والحليب دون أن يذكر في صيغة العقد ما يدل على اعتقاده.

أما الغلط الظاهري، فهو توهم يقوم في النفس ويرد في صيغة العقد ما يدل على ذلك. كمن يقول لآخر: اشتريت منك هذا الماس بكذا فيقول الآخر: قبلت، ثم يظهر أنه زجاج.

٤٠٩ ـ أثر الغلط في العقد:

ولا خلاف بين الفقهاء في أن الغلط الباطني لا يؤثر في انعقاد العقد وصحته، لأن العبرة في العقود بالعبارة أو ما يقوم مقامها دون النوايا المستترة الخفية التي لا يدل عليها دليل.

أما الغلط الظاهري، فإن كان في الجنس أبطل العقد. وإن كان في الوصف جعل العقد موقوفاً قابلاً للفسخ ممن قام فيه الغلط. وقد ذكر الفقهاء قاعدة في الغلط في المحل، فقالوا: إذا سماه العاقد وأشار إلى غيره، كانت العبرة بالمسمى دون ما أشار إليه إذا اختلف الجنس، ويبطل العقد في هذه الحالة، كمن قال لآخر: اشتريت منك هذا الخاتم من ذهب ـ وأشار إليه ـ فإذا هو من نحاس لم ينعقد العقد هنا. وإن اتحد الجنس بين ما سماه وأشار إليه واختلف الوصف، كانت العبرة بالمشار إليه وانعقد العقد عليه موقوفاً على إجازة العاقد الغالط. وبهذه القاعدة أخذ القانون المدني العراقي[1].

وإنما كان الغلط في الجنس مبطلاً للعقد، لأن الغلط فيه يعدم المحل، والعقد لا يوجد بدون محله، والمحل هنا معدوم، فلا ينعقد العقد. وحتى إذا اتحد الجنس ولكن التفاوت بين حقيقة المعقود عليه وما أراده العاقد كان تفاوتاً فاحشاً، فإن

---

(١) المادة ١١٧ من القانون المدني العراقي.

الغلط هنا يعتبر بحكم الغلط في جنس المحل فيبطل العقد، كما لو اشترى داراً من آخر فإذا بها من لبن، أو اشترى ثوباً على أنه من صوف فإذا هو من قطن[1].

وإنما كان حكم الغلط في الوصف هو ما ذكرنا، وهو انعقاد العقد مع إمكان فسخه، لأن أصل المحل موجود، وهذا لا يكفي لانعقاد العقد، ولكن لفوات الوصف المرغوب فيه يكون العقد موقوفاً على الإجازة، قابلاً للفسخ. وحكم الغلط في الوصف يجري في العقود القابلة للفسخ كالبيع ونحوه، أما ما لا يقبل الفسخ كالنكاح، فالعقد لازم ولا يجوز فيه الفسخ عند جمهور الفقهاء، خلافاً للحنابلة الذين أجروا هذا الحكم في جميع العقود حتى في النكاح، فإذا تزوج شخص امرأة على أنها بكر أو متعلمة فظهرت ثيباً أو جاهلة كان له في هذه الحالة فسخ العقد.

المبحث الثاني
الغبن والتغرير

٤١٠ ـ الغبن:

الغبن لغة: النقص. ويريد الفقهاء به أن أحد البدلين في عقود خاصة غير متكافئ مع الآخر في العقد عند التعاقد. فلو باع شخص ما قيمته مئة بخمسين، أو بمئتين، كان البائع في الحالة الأولى هو المغبون، وكان المشتري في الحالة الثانية هو المغبون.

٤١١ ـ أنواع الغبن:

والغبن يسير وفاحش؛ فاليسير ما يدخل تحت تقويم المقومين أي تقدير أهل الخبرة. فلو باع شخص بقرة بخمسين ديناراً فقومها بعض أهل الخبرة بأربعين، وقومها البعض الآخر بخمسين، كان الغبن يسيراً، لأن النقص في الثمن أمر محتمل غير ثابت. والغبن الفاحش ما لا يدخل تحت تقويم المقومين، كما لو باع البقرة في مثالنا السابق بسبعين كان الغبن فاحشاً، لأن الثمن الذي بيعت به البقرة

(١) مصادر الحق السنهوري ج٢ ص ١١٤.

لم يتناوله تقويم أهل الخبرة ولا بعضهم. وهناك آراء في تفسير المراد بالغبن اليسير والفاحش، فعند بعضهم اليسير ما كان نصف العشر أو أقل فإن كان أكثر فهو فاحش. وقال غير هؤلاء: الغبن الفاحش ليس سواء في جميع الأحوال فهو ما كان نصف العشر أو أكثر في العُروض[1]، والعشر أو أكثر في الحيوان، والخمس أو أكثر في العقار[2]. وبهذا الرأي أخذت مجلة الأحكام العدلية، القانون المدني العراقي القديم[3].

٤١٢ ـ التغرير:

التغرير في اللغة: الخداع، والمغرور من وقع عليه الخداع. وعند الفقهاء يراد بالتغرير استعمال الطرق الاحتيالية لحمل الشخص على التعاقد ظناً منه أن العقد في مصلحته، مع أن الواقع خلاف ذلك. ويسمى التغرير في بعض أنواعه، على الأقل، بالتدليس.

التغرير قد يكون فعلياً وقد يكون قولياً.

٤١٣ ـ أنواع التغرير:

فالتغرير الفعلي يتحقق بما يقوم به أحد العاقدين من أعمال بقصد تضليل العاقد الآخر وإيهامه في حقيقة المعقود عليه لحمله على التعاقد. مثل صبغ الثوب القديم ليظهر كأنه جديد، أو تصرية ضرع البقرة لتظهر كأنها كثيرة الدر واللبن فيقدم المشتري على شرائها.

والتغرير القولي، يكون بالقول من العاقد أو غيره، إذا كان من شأنه أن يغر العاقد الآخر ويحمله على التعاقد. ومن أمثلته ما يسمى في الفقه الإسلامي: ببيع الأمانة، وهو يقوم بجميع أنواعه على أساس الثمن الذي يدعي البائع أنه اشترى به

---

(١) العروض هنا الأموال المنقولة عدا الحيوان: شرح المجلة للأستاذ علي حيدر ج١ ص ١٠٢، ١١٣.

(٢) الكاساني ج٦ ص ٣٠.

(٣) المادة ١٦٥ من المجلة: «الغبن الفاحش غبن على قدر نصف العشر في العروض، والعشر في الحيوانات، والخمس في العقار أو زيادة». والقانون المدني العراقي ذكر الغبن اليسير والفاحش ولم يحددهما: انظر المواد ١٢١ ـ ١٢٥ منه.

المبيع الذي يريد أن يشتريه المشتري. فلا يذكر البائع الثمن الحقيقي وأوصافه من تأجيل أو تعجيل أو تقسيط، فيكون كتمان هذه الأمور من البائع عن المشتري تغريراً منه بالمشتري وخيانة له وخداعاً[١]. ومن أمثلته أيضاً قول البائع، مع الحلف أو بدونه، للمشتري أن غيره دفع في المبيع أكثر مما يدفعه وأنه مع هذا يؤثره بالبيع بهذا الثمن الأقل. وقد يصدر التغرير القولي من الغير أي من غير المتعاقدين مع علم أحدهما به أو بتواطئ مع الغير، فينخدع به المتعاقد الآخر، كما في بيع النجش[٢].

٤١٤ ـ أثر الغبن والتغرير في العقد:

ليس أثر الغبن والتغرير في العقد واحداً، كما أن هذا الأثر ليس محل اتفاق بين الفقهاء، بل فيه تفصيل وشيء من الاختلاف. فلا بد من ذكر الحالات المختلفة التي يكون في بعضها غبن فقط، أو تغرير فقط، أو يجتمع في بعضهما الآخر الأمران، مع بيان حكم كل حالة.

٤١٥ ـ أولاً ـ أثر الغبن وحده:

إذا كان الغبن يسيراً فلا أثر له في العقد. بمعنى أن العقد معه ينعقد صحيحاً، لأن الغبن اليسير كثير الوقوع ولا يمكن التحرز منه، والناس عادة يتسامحون به. ويستثنى من ذلك بيع المدين بدين مستغرق إذا كان محجوزاً عليه بسبب هذا الدين، فإن بيعه بغبن يسير يكون موقوفاً على إجازة الدائنين إلا إذا رفع الغبن من قبل المشتري. وكذلك بيع المريض مرض الموت إذا كان مديناً بدين مستغرق، فحكمه كما سبق ولكن لا يظهر توقف بيعه إلا إذا مات في مرضه ليتحقق أن المرض مرض الموت[٣]. وهذا الحكم في الحالتين رعاية لحق الدائنين.

---

(١) وبيع الأمانة أنواع فإن كان الشراء بزيادة معلومة على الثمن الأصلي فهو بيع المرابحة. وإن كان بنقصان بقدر معلوم عن الثمن الأصلي فهو بيع الوضيعة. وإن كان بنفس الثمن الأصلي فهو بيع التولية.

(٢) انظر ص ٣٢ من هذا المؤلف في تعريف بيع النجش.

(٣) الأستاذ علي الخفيف، المرجع السابق، ص ١١٩.

أما الغبن الفاحش وحده، فقد اختلف الفقهاء في تأثيره في العقد. فمنهم من جعله مؤثراً في العقد، فالعقد ينعقد معه، ولكن يحق لمن أصابه الغبن أن يفسخه، لأن هذا الغبن ضرر بالمغبون، والضرر يزال، وزواله يكون بتمكين المغبون من فسخه. ومنهم من لم يجعل له تأثيراً في العقد، فالعقد معه ينعقد صحيحاً غير قابل للفسخ، لأن عقود المعاوضات التي يقع فيها الغبن عقود لازمة في الأصل، وإعطاء المغبون حق فسخها يزلزل لزومها ويمنع استقرار المعاملات، وحماية العاقد من الغبن تكون بأخذه الحذر واحتياطه لنفسه لا بإعطائه حق الفسخ بحجة الغبن، فإذا لم يتبصر ويأخذ بالحيطة والحذر ووقع في الغبن فهو المسؤول عن تقصيره ويتحمل نتيجة هذا التقصير. ولكن يستثنى من ذلك الغبن الفاحش في العقود التي ترد على أموال المحجور عليهم لصغر أو سفه أو جنون، أو ترد هذه العقود على أموال بيت المال أو الوقف، فإن الغبن في هذه الأحوال يبطل العقود الصادرة في هذه الأموال ممن له الولاية عليها. ووجه هذا الاستثناء أن تصرفات من له الولاية على هذه الأموال منوط بالمصلحة، أي بمصلحة المولى عليهم، فإيقاعها مع الغبن الفاحش ضرر بهم قطعياً، والضرر يزال، وإزالته تكون ببطلان هذه التصرفات، لأن الأولياء على من ذكرنا لا يملكون هذه التصرفات[١]، وبهذا الرأي الثاني واستثنائه أخذ القانون المدني العراقي[٢].

٤١٦ ـ ثانياً ـ أثر التغرير وحده:

إذا كان التغرير وحده، وفيه تضليل وإيهام للعاقد بوجود صفة معينة مرغوب فيها في العقد لولاها لما أقدم على التعاقد، كان للمغرور في هذه الحالة حق فسخ العقد. ويشترط ثبوت حق الفسخ للمغرور أن لا يكون الوصف الفائت مما يدرك

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم وشرح الحموي ج٢ ص ١٥٩، شرح الكنز للزيلعي ج٤ ص ٧٩، المدخل للفقه الإسلامي للأستاذ محمد سلام مدكور ص ٦٤٨ ـ ٦٤٩، الأستاذ علي الخفيف، المرجع السابق، ص ١٢٠.

(٢) المادة ١٢٤ من القانون المدني العراقي، وقد نصت في فقرتها الثانية على أنه إذا كان الغبن فاحشاً وكان المغبون محجوراً أو كان المال الذي حصل فيه الغبن مال الدولة أو الوقف فإن العقد يكون باطلاً.

بالعيان والمشاهدة، لأنه إن كان كذلك انتفى التغرير عن العاقد، فينتفي حق الفسخ له[١]. ويؤيد هذا الرأي حديث التصرية[٢].

٤١٧ ـ ثالثاً ـ أثر الغبن والتغرير مجتمعين:

إذا اجتمع الغبن والتغرير في العقد، بأن كان الغبن بأحد المتعاقدين فاحشاً وهو نتيجة تغرير العاقد الآخر أو من يعمل له كالدلال، أو بتواطؤ هذا العاقد مع الغير كما في بيع النجش، فللمغبون الحق في فسخ العقد دفعاً للضرر عنه، ورداً للقصد السيئ عند العاقد الآخر[٣]. وبهذا الرأي أخذ القانون المدني العراقي[٤]. والغبن اليسير إذا اقترن به تغرير لا يكون سبباً لفسخ العقد. إلا أن بعض الفقهاء يطلق القول بالغبن المقترن معه تغرير ويجعله موجباً للفسخ إذا اختاره المغبون المغرور[٥].

---

(١) الأستاذ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص ٣٩٧ ـ ٣٩٨.

(٢) حديث التصرية الذي رواه البخاري وغيره: «لا تصروا الإبل والغنم، ومن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن شاء أمسك وإن شاء ردها وصاعاً من تمر»: تيسير الوصول ج١ ص ٦٢.

(٣) المادة ٥٤٥ من مرشد الحيران لقدري باشا، وهي مأخوذة من الفقه الحنفي، نصت على الآتي: «لا رد بغبن فاحش في البيع إلا إذا غر أحد المتبايعين الآخر أو غره الدلال». كشاف القناع ج٢ ص ٥٦، الأشباه والنظائر لابن نجيم ج٢ ص ١٥٩ الزيلعي ج٤ ص ٧٩، الأستاذ علي الخفيف، المرجع السابق، ص ١٢٠.

(٤) المادة ١٢١، ف١ من القانون المدني العراقي: «إذا غرر أحد المتعاقدين بالآخر وتحقق أن في العقد غبناً فاحشاً كان العقد موقوفاً على إجازة العاقد المغبون...» والمادة ١٢٢ منه: «إذا صدر التغرير من غير المتعاقدين فلا يتوقف العقد إلا إذا ثبت للعاقد المغبون أن العاقد الآخر كان يعلم أو كان من السهل عليه أن يعلم بهذا التغرير وقت إبرام العقد».

(٥) جاء في نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي ج٤ ص ٧٣ ـ ٧٤: «وحبس ماء القناة وماء الرحى المرسل كل منهما عند البيع أو الإجارة حتى يتوهم المشتري أو المستأجر كثرته فيزيد في عوضه. ومثلهما جميع المعاوضات.. يثبت الخيار بجامع التدليس أو التغرير ...» من كتاب مصادر الحق للدكتور السنهوري ج٢ ص ١٦٢.

المبحث الثالث

الإكراه

٤١٨ ـ تعريفه وشروطه:

الإكراه هو حمل الغير، بغير حق، على أمر يمتنع عنه بتخويف يقدر الحامل ـ أي المكره ـ على إيقاعه ويصير الغير خائفاً به[١].

ويشترط لتحقيق الإكراه أن يكون الحامل، أي المكره، قادراً على إيقاع ما هدد به، فإن كان المكره غير قادر على إيقاع ما هدد به، وكان المكره عالماً بعدم قدرته، كان تهديده لغواً لا قيمة له، ولا يتحقق الإكراه. ويشترط كذلك أن يكون المكره، أي من وقع عليه الإكراه، خائفاً من هذا التهديد، بأن يعتقد أن المكره سيوقع ما هدده به عاجلاً يقيناً أو على غلبة الظن، وأن يفعل المكره ما أكره عليه تحت تأثير هذا الخوف. ويشترط كذلك أن يكون المكره به، أي ما هدد به ضرراً يلحق النفس بإتلافها أو بإتلاف عضو من المكره أو بما دون ذلك كالحبس والضرب. أما التهديد بإتلاف المال، إذا لم يكن يسيراً، فهو تهديد معتبر يتحقق به الإكراه عند فقهاء الشافعية والجعفرية والحنابلة وبعض فقهاء الحنفية. والتهديد بإلحاق الأذى بمن يهم المكره أمره يعتبر إكراهاً عند فقهاء الجعفرية، وهو كذلك إكراه عند الحنفية إذا وقع على الزوج أو قريب ذي رحم محرم، أو إذا وقع على الولد عند الحنابلة[٢].

---

(١) كشف الأسرار ج٤ ص ١٥٠٢. وعرفه القانون المدني العراقي، في الفقرة الأولى من المادة ١١٢، الإكراه هو إجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملاً دون رضاه.

(٢) كشاف القناع ج٤ ص ٤، المغني ج٧ ص ١٢٠، منهاج الصالحين للمجتهد السيد محسن الحكيم ج٢ ص ١٤، المهذب ج٢ ص ٨٣، البحر الرائق ج٨ ص ٨٢، حاشية ابن عابدين ج٥ ص ١١٠، كشف الأسرار ج٤ ص ١٥٠٣. وجاء في الفقرة ٣، م١١٢ من القانون المدني العراقي: «والتهديد بإيقاع ضرر بالوالدين أو الزوج أو ذي محرم والتهديد بخطر يخدش الشرف يعتبر إكراهاً، ويكون ملجئاً أو غير ملجئ بحسب الأحوال».

٤١٩ ـ أنواع الإكراه:

الإكراه نوعان: ملجئ أو تام. وغير ملجئ أو ناقص[١].

فالإكراه الملجئ يكون بالتهديد بإتلاف النفس أو عضو، لأن حرمة أعضاء الإنسان كحرمة النفس تبعاً لها، والتهديد بإتلاف جميع المال، أو بقتل من يهم الإنسان أمره على رأي من جعل هذا التهديد إكراهاً[٢]. وسمي هذا النوع من الإكراه بالإكراه الملجئ لأنه يضطر المكره على مباشرة الفعل خوفاً من فوات النفس أو العضو أو المال. وهو يفسد الاختيار ويعدم الرضا عند الحنفية، وعند غيرهم يعدم الرضا والاختيار لأنهما متلازمان. فإذا فات أحدهما فات الآخر. ووجهة الحنفية أن الاختيار هو القصد إلى فعل مقدور عليه متردد بين الوجود والعدم بترجيح أحدهما على الآخر. وبتعبير آخر هو القصد إلى فعل شيء أو تركه بترجيح من الفاعل، وهذا المعنى لا يزول بالإكراه. فالمكره يوقع الفعل بقصده إليه واختياره له. فهو يختار أهون الشرين، أي إيقاع ما أوقعه على وقوع ما هدده به. ولكن لما كان هذا الاختيار بني على اختيار المكره وإكراهه كان اختياره فاسداً. أما انعدام الرضا بالإكراه، فلأن الرضا هو الرغبة في الشيء والارتياح له، وهذا المعنى لا يوجد مع الإكراه.

أما الإكراه غير الملجئ، فيكون بالضرب والحبس ونحو ذلك. أي يكون بالتهديد بما دون إتلاف النفس أو العضو أو المال وهو يختلف باختلاف الأشخاص[٣]. وهو يعدم الرضا ولكنه لا يفسد الاختيار لعدم الإضرار على مباشرة ما أكره عليه لتمكنه من الصبر على ما هدد به بخلاف الإكراه الملجئ.

---

(١) وبعض الفقهاء يذكرون ما به يتحقق الإكراه كالقتل والضرب، دون أن يقسموه إلى إكراه ملجئ وغير ملجئ: المغني ج٧ ص ١٢٠، المهذب للشيرازي ٢/ ٨٣.

(٢) جاء في الفقرة ٢، م ١١٢ من القانون المدني العراقي: «ويكون الإكراه ملجئاً إذا كان تهديداً بخطر جسيم محدق كإتلاف نفس أو عضو أو ضرب مبرح أو إيذاء شديد أو إتلاف خطير في المال. ويكون غير ملجئ إذا كان تهديداً بما هو دون ذلك كالحبس والضرب على حسب أحوال الناس». وهذه الفقرة مأخوذة من الفقه الإسلامي، كما هو مذكور في الصلب.

(٣) في المادة ١١٤ من القانون المدني العراقي: «يختلف الإكراه باختلاف أحوال الأشخاص =

٤٢٠ ـ أثر الإكراه في عقود المكره وتصرفاته:

عند الحنفية لا تعتبر إقرارات المكره، لأن اعتبار الإقرار إنما كان لترجح جانب الصدق فيه، وبالإكراه يترجح جانب الكذب فلا يعتبر. أما تصرفاته القولية التي لا تحتمل الفسخ ولا تبطل بالهزل كالنكاح والطلاق والرجعة، فهذه التصرفات تقع صحيحة نافذة لا أثر للإكراه فيها. وحجتهم في ذلك أن هذه التصرفات يترتب عليها أثرها بمجرد صدورها عن الشخص باختياره، لأن الشارع اعتبر التلفظ بها قائماً مقام إرادة معناها وحكمها بدليل وقوعها من الهازل مع أنه لم يقصد حكمها ولم يرد معناها، فالمكره أولى لأنه قصد إيقاعها واختار حكمها، وإن كان اختياره فاسداً إذا كان الإكراه ملجئاً[1]. أما إذا كانت تصرفات المكره القولية إنشاءات تحتمل الفسخ ولا تصح مع الهزل كالبيع ونحوه، فإن أثر الإكراه فيها الفساد، فتقع فاسدة لا باطلة. وحجتهم أن الإكراه يعدم الرضا لا الاختيار، والرضا شرط للصحة لا للانعقاد، فتقع هذه التصرفات منعقدة إلا أنها فاسدة[2].

٤٢١ ـ وعند غير الحنفية، كالجعفرية والشافعية والحنابلة، لا يترتب على قول المكره حكم، فأقواله كلها مهدرة، فلا يقع طلاقه ولا بيعه ولا شراؤه ولا أي تصرف قولي آخر. وحجتهم من وجوه كثيرة، منها[3]:

= وسنهم وضعفهم ومناصبهم ومراكزهم الاجتماعية ودرجة تأثيرهم وتألمهم من الحبس والضرب كثرة وقلة وشدة وضعفاً». وهذه المادة تتكلم عن الإكراه غير الملجئ، ولها أساسها في الفقه الإسلامي.

(١) ولكن فساد الاختيار يقتضي فساد العقد ما دام الأحناف يفرقون بين الرضا والاختيار، ويقولون بفساد الأخير في الإكراه الملجئ، ولكنهم لم يصرحوا بهذا، انظر الكاساني ج٧ ص ١٨٢. وما بعدها.

(٢) ويقولون: إن الفساد يرتفع إذا أجازه المكره بعد زوال إكراهه. ولكن يرى زفر، من أئمة الفقه الحنفي أن العقد هنا موقوف لا فاسد، لأن الذي تلحقه الإجازة هو الموقوف لا الفاسد. وقول زفر قوي على مقتضى الفقه الحنفي، انظر شرح الكنز للزيلعي ج٥ ص ١٨٢ وما بعدها. وبقول زفر أخذ القانون المدني العراقي، فقد جاء في المادة ١١٥: «من أكره إكراهاً معتبراً بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد لا ينفذ عقده».

(٣) كتاب الخلاف للطوسي ج٢ ص ٤٥٣، ومنهاج الصالحين للمجتهد السيد محسن الحكيم ج٢ =

أ ـ إن الله تعالى أسقط عن المكره حكم الكفر إذا نطق بكلمة الكفر، جاء في القرآن الكريم: ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَـٰنِ﴾ [النّحل: ١٠٦]. وأحكام الكفر أعظم من أحكام البيع والشراء ونحوهما، لأن الكفر يترتب عليه فراق الزوجة، وإزهاق الروح، فإذا سقط الأعظم سقط الأصغر.

ب ـ جاء الحديث عن النبي ﷺ: «إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه». وفي حديث آخر: «لا طلاق في إغلاق» وفسر الإغلاق بالإكراه. وعن الإمام علي بن أبي طالب: لا طلاق لمكره. ومثل هذا روي عن فقهاء الصحابة. وكل هذا يدل على عدم اعتبار عقود وتصرفات المكره.

ج ـ القصد لماوضع له التصرف شرط لجوازه، ولهذا لا يصح تصرف الصبي والمجنون. وهذا الشرط يفوت بالإكراه، لأن المكره لا يقصد بالتصرف ما وضع له، وإنما يقصد دفع الضرر عن نفسه.

د ـ المكره يأتي باللفظ دفعاً للأذى عن نفسه غير قاصد لمعناه، ولا مريد حكمه، فيلزم أن يعتبر قوله لغواً بمنزلة كلام المجنون والنائم ومن لا قصد له.

٤٢٢ ـ ويرد الحنفية على هذه الأدلة بأن الإكراه لا يعمل في الاعتقادات، ولهذا عفي عن المكره إذا نطق بكلمة الكفر. ويقولون في حديث: «عفي عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» إن المراد به الإكراه على الكفر، لأن القوم آنذاك كانوا حديثي عهد بالإسلام، وكان الإكراه على الكفر يقع من المشركين. وحتى لو كان المراد بالإكراه في هذا الحديث الإكراه على غير الكفر فلا نسلم أن العقود وسائر التصرفات القولية مستكره عليها، لأن الإكراه لا يؤثر في الأقوال كما لا يؤثر في الاعتقادت، لأن أحداً لا يستطيع أن يستعمل لسان غيره فكان المتكلم مختاراً فيما يتكلم به، فلا يكون مستكرهاً عليه، فلا يتناوله الحديث. أما أن القصد إلى ما وضع له التصرف. شرط جوازه فهذا مردود بطلاق الهازل فإنه يقع مع أنه

= ص ١٨٢ ـ ١٨٣، الأم للشافعي ج٣، ص ٢٠، أعلام الموقعين ج٣ ص ١٠٨، وج٤ ص ٤٣ ـ ٤٤، وزاد المعاد ج٢ ص ٢٠٠، الكاساني ج٧ ص ١٨٢ ـ ٢٤٨، المغني ج٧ ص ١١٨.

غير قاصد ما وضع له التصرّف. وحتى لو كان هذا شرطاً فهو موجود في الإكراه، فالمكره قاصد دفع الهلاك عن نفسه، ولا يندفع هذا الهلاك إلا بالقصد إلى ما وضع له التصرف، فكان قاصداً إليه لضرورة. أما الآثار المروية بعدم وقوع طلاق المكره فإنها تعارض بآثار أخرى نصت على وقوع طلاقه، فلا تكون آثارهم أولى بالقبول من آثارنا وأحاديثنا.

٤٢٣ ـ القول الراجح:

القول الذي نختاره هو ما ذهب إليه الجمهور فلا يقع عقد أو تصرف قولي من المكره سواء أكان يحتمل الفسخ أو لا يحتمله. فجميع عقود وتصرفات المكره باطلة. وما ذكر الحنفية لا ينهض حجة لما ذهبوا إليه. وما ذكروه من أدلة وردود، قابل للرد والمناقشة. ويكفينا هنا ذكر بعض ما يرد به على الحنفية، فنقول: احتجاجهم بوقوع طلاق الهازل ونكاحه لا يفيد. لأن الهازل يأتي بالسبب مختاراً عالماً بمعناه وبما يترتب عليه. أما المكره فإنه يأتي به مكرهاً قاصداً دفع الأذى عن نفسه، فهو بمنزلة من يحكي قول غيره، فأين هذا من ذاك وكيف يتساويان في الحكم؟ والنص جاء بوقوع طلاق الهازل فأين النص بوقوعه من المكره؟ ثم إن اعتبار التراضي في البيع يوجب اعتباره في النكاح ونحوه بطريق أولى، لأن شأن الفروج أعظم من شأن المال. لأن الله تعالى إذا حرم أخذ مال الغير إلا بالتراضي فالفروج أولى أن لا تستحل إلا بالتراضي الشرعي المعتبر، ولهذا نهى الولي أن يزوج المرأة تحت ولايته إلا برضاها[1]. وقولهم: إن الإكراه لا يعمل في الأقوال، مردود بأن النص القرآني لم يرتب أثراً على كلمة الكفر يقولها المكره، وهذا دليل اعتبار الإكراه في الأقوال.

(١) نظرية العقد لابن تيمية ص ١٥٥.

الفصل الخامس

أقسام العقد

٤٢٤ ـ تمهيد:

ينقسم العقد إلى تقسيمات مختلفة لاعتبارات مختلفة، فهناك تقسيم باعتبار وصفه وآخر باعتبار وقت اتصال حكمه بصيغته، وثالث باعتبار نوع آثاره التي تكون عنه. فتقسيمات العقد، إذن، تقوم على أساس الجهة التي ننظر منها إليه. وسنتكلم فيما يلي في أبحاث متتالية عن كل تقسيم من هذه التقاسيم.

المبحث الأول
العقد باعتبار وصفه

٤٢٥ ـ تمهيد:

يوصف العقد بالحل والحرمة، أو بالوجوب والندب والكراهة، بناء على طلب الشارع له أو إباحته أو نهيه عنه، وعلى أساس نية العاقد وقصده. والوصف من هذه الأوصاف الذي يلحق العقد يسميه الفقهاء «بحكم العقد». فحكم العقد، يعني فيما يعنيه، ما يلحق العقد من هذه الأوصاف، وعلى هذا الأساس يقولون، مثلاً، حكم البيع الإباحة، أي أنه مباح. وحكم الربا الحرمة، أي أنه محرم. وحكم الزواج ـ في حق من خاف على نفسه الوقوع في الزنا ـ الوجوب، أي أنه واجب في حقه.. وهكذا.

وقد يطلق الفقهاء عبارة «حكم العقد» ويريدون بها ما يكون للعقد من وصف يرجع إلى ما للعقد من وجود معين تترتب عليه آثاره أو لا تترتب أو من قوة ملزمة لعاقديه أو غير ملزمة. فيقولون حكم هذا العقد أنه باطل لا تترتب عليه آثاره، وحكم هذا العقد صحيح تترتب عليه آثاره. وحكم عقد الوكالة أنه غير لازم،

وحكم عقد الإجارة أنه لازم وحكم عقد الفضولي أنه موقوف على إجازة من له الشأن فيه، فإن أجازه نفذ، وإن لم يجزه بطل.. وهكذا[1]. وهذا المعنى الأخير لحكم العقد، هو ما نريده في هذا المبحث، وعلى أساسه ينقسم العقد إلى عدة تقسيمات على أساس الوصف الذي يلحق به على النحو الذي ذكرناه آنفاً. وسنذكر هذه التقسيمات تباعاً مع شرح موجز لها.

٤٢٦ ـ أولاً ـ الصحيح وغير الصحيح:

العقد الصحيح هو ما كان سبباً صالحاً لترتب آثاره الشرعية عليه. وهو العقد المنعقد الذي لا خلل في ركنه لصدوره من أهله، وكان محله قابلاً لحكمه، وسلمت أوصافه من الخلل، ولم يقترن به شرط من الشروط الفاسدة. ويعبر عنه الفقهاء بأنه العقد المشروع بذاته ـ أي بأصله ـ ووصفه. وهذا العقد تترتب عليه آثاره المقررة له شرعاً[2].

٤٢٧ ـ وغير الصحيح، هو الذي لم تتوافر فيه شروطه وأركانه، وهو عند الحنفية ينقسم إلى قسمين: باطل وفاسد. فالباطل عندهم ما كان مختلاً، والخلل فيه راجع إلى ركنه، كأن تكون صيغة العقد معيبة غير سليمة لا اعتبار لها، كما لو كان القبول غير مطابق للإيجاب، أو كان المحل غير قابل لحكم العقد كما في بيع ما ليس بمال أصلاً. والعقد الباطل هو والمعدوم سواء لأنه غير منعقد أصلاً، وغير مشروع أصلاً، ولهذا يعبرون عنه بأنه العقد غير المشروع لا بذاته ولا بوصفه. ولا تترتب عليه آثاره الشرعية، لأن هذه الآثار تترتب على ماله وجود شرعي معتبر، والعقد الباطل ليس له هذا الوجود وإن كان له وجود حسي في الخارج، ولكن لا أثر لهذا الوجود فهو بحكم المعدوم.

والفاسد، عند الحنفية، ما كان مختلاً، والخلل فيه راجع إلى وصف من أوصافه اللازمة له. فهو عقد منعقد لسلامة ركنه ـ وهو الإيجاب والقبول ـ من أي خلل، والمحل قابل لحكم العقد، وهذا القدر من السلامة يكفي لانعقاد العقد.

(١) الأستاذ علي الخفيف، المرجع السابق، ص ١١٢.
(٢) الأستاذ علي، المرجع السابق، ص ٧٧.

ولكن الخلل طرأ على بعض أوصافه الخارجية فأفسده كما لو اقترن العقد بشرط فاسد، ولكن الخلل طرأ على بعض أوصافه الخارجية فأفسده كما لو اقترن العقد بشرط فاسد، أو كان الثمن مؤجلاً إلى أجل مجهول يؤدي إلى النزاع، أو كان المبيع غير معين، أو أن عقد النكاح خلا من الشهود، ونحو ذلك. ويعبر الفقهاء عن العقد الفاسد بأنه ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه.

والعقد الفاسد لا تترتب عليه الآثار الشرعية المقررة له لو كان صحيحاً ويلزم فسخه من قبل عاقديه لأنه ليس محل رعاية الشارع. ولكن قد تترتب عليه، أحياناً، بعض الآثار إذا قام العاقد بتنفيذه، كما لو قبض المشتري المبيع بالبيع الفاسد بإذن البائع، فإنه بهذا القبض يملكه. وكما في النكاح الفاسد إذا حصل فيه دخول فإنه يجب فيه مهر المثل، وتجب العدة على الزوجة عند التفريق بينهما، ويثبت فيه النسب رعاية لحق الطفل[1]. وواضح من هذه الأمثلة أن العقد الفاسد لم يترتب عليه لذاته أثر شرعي، وإنما ترتبت عليه بعض الآثار نظراً لتنفيذه، فكأن هذا التنفيذ محل رعاية الشارع للشبهة القائمة بسبب العقد الفاسد.

٤٢٨ ـ ثانياً: الصحيح وغير الصحيح عند الجمهور:

وجمهور الفقهاء، غير الحنفية، يقسمون العقد قسمة ثنائية لا ثلاثية، فالعقد، عندهم، صحيح، وغير صحيح. فالصحيح ما كان مستجمعاً لشروط الصحة والانعقاد، أي ما كانت أركانه وشروطه وأوصافه سليمة لا خلل فيها على نحو تترتب عليه آثاره المقررة له شرعاً. وغير الصحيح ما ليس كذلك، فهو، عندهم، نوع واحد هو الباطل أو الفاسد. فهما اسمان لمسمى واحد هو العقد غير الصحيح. فغير الصحيح ما كان فيه خلل، سواء أكان هذا الخلل في صيغته، أو في العاقدين، أو في محله، أو في أوصافه اللازمة له كجهالة الثمن أو المحل أو تاريخ أداء الثمن. ومع اتفاق الجمهور على ما قلناه، إلا أنهم اختلفوا في حكم العقد الذي يرجع الخلل فيه إلى وصف غير لازم للعقد أي في أمر مجاور له، كما في النهي

---

(١) الكاساني ج٥ ص ٢٩٩ وما بعدها، شرح الكنز للزيلعي ج٤ ص ٦٠ ـ ٦١.

عن البيع وقت النداء لصلاة الجمعة، أو النهي عن النجش في البيع، فأكثرهم قالوا بصحة العقد في هذه الحالة مع الكراهة، وقلة منهم قالوا بالبطلان[1].

قلنا إن العقد الصحيح ما يصلح أن يكون سبباً لترتيب الآثار الشرعية عليه. وهذه الآثار قد تظهر في الحال عند تمام انعقاد العقد دون توقف على إجازة أحد، وهذا هو العقد النافذ. وقد يتوقف ظهور هذه الآثار على إجازة الغير وهذا هو العقد الموقوف.

٤٢٩ ـ أ ـ العقد النافذ: هو العقد الصحيح الصادر من كامل الأهلية والولاية كما لو عقد البالغ العاقل الرشيد عقداً لنفسه أو لغيره بالنيابة عن هذا الغير وكان ما عقده في حدود نيابته. وحكم هذا العقد ترتب آثاره عليه دون توقف على إجازة أحد.

ب ـ العقد الموقوف: هو العقد الصادر من شخص يتمتع بالأهلية ولكن لا يملك ولاية إصدار هذا العقد وإنشائه، كما في تصرفات الفضولي والصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر. فإن تصرفات الفضولي موقوفة على إجازة من له الشأن فيها، وتصرفات الصبي المميز موقوفة على إجازة وليه، فإذا حصلت هذه الإجازة نفذ العقد وإلا بطل.

٤٣٠ ـ ثالثاً: اللازم وغير اللازم:

والعقد النافذ ينقسم إلى لازم وغير لازم:

أ ـ فالعقد اللازم، هو الذي لا يملك أحد العاقدين فسخه دون رضا العاقد الآخر كالبيع والإجارة. ويلاحظ هنا أن إمكان فسخ العقد اللازم باتفاق العاقدين إنما يكون في العقود القابلة للفسخ، أما التي لا تقبل الفسخ بطبيعتها فإنها تبقى لازمة ولا يمكن فسخها حتى ولو أراد العاقدان ذلك، كالخلع ـ وهو الطلاق على

---

(١) كشاف القناع ج٢ ص ٥ وما بعدها، الشرح الكبير للدردير ج٣ ص ٦٠، مقدمات ابن رشد ج٢ ص ٢١٣ وما بعدها. ويلاحظ هنا، أن القانون المدني العراقي أخذ بالقسمة الثنائية، فقد ذكر العقد الباطل، ومتى يكون باطلاً، ولم يذكر الفاسد، انظر المواد ١٣٧ ـ ١٤٠.

مال ـ وكعقد الزواج فإنه بعد انعقاده لا يمكن فسخه من قبل أحد الطرفين ولا يفسخ باتفاقهما. ولا يعترض على قولنا هذا بما للزوج من حق الطلاق، فإن الطلاق إنهاء لعقد الزواج وليس فسخاً له، لأن الفسخ رفع للعقد من أساسه واعتباره كأن لم يكن وإرجاع الطرفين إلى حالتهما قبل انعقاده فلا يبقى من آثار العقد المفسوخ شيء، وليس الطلاق هكذا، فإنه ينهي دوام العقد ولكن لا يرفع ما وقع من آثاره كلزوم المهر ووجوب النفقة.

ب ـ والعقد غير اللازم، أو العقد الجائز، كما يسميه بعض الفقهاء، هو العقد الذي بطبيعته يمكن فسخه من قبل أحد العاقدين، فهو غير لازم في حقهما، فلكل منهما فسخه على وجه الانفراد والاستقلال متى شاء، كعقد الوديعة والعارية. وقد يكون العقد لازماً لأحد العاقدين غير لازم للعاقد الآخر، فيستطيع هذا فسخه بينما لا يستطيع الأول ذلك. مثل عقد الرهن والكفالة. فالرهن بعد تمامه لازم بالنسبة للمدين لا يجوز فسخه، بينما هو غير لازم بالنسبة للمرتهن فله أن يفسخه متى شاء. والكفالة عقد لازم بالنسبة للكفيل، غير لازم للمكفول له، فله فسخ عقد الكفالة بدون رضا الكفيل.

المبحث الثاني

العقد باعتبار اتصال حكمه بصيغته أي باعتبار اتصال آثاره بصيغته

٤٣١ ـ نريد بحكم العقد هنا ما للعقد من آثار شرعية تترتب عليه، كما لو قيل حكم البيع ثبوت ملكية المبيع للمشتري، وملكية الثمن للبائع. وحكم الحوالة نقل الدين من ذمة المدين المحيل إلى ذمة المحال عليه. وحكم عقد النكاح إفادته ملك المتعة لكل من الزوجين بالآخر. وهكذا..

والعقود ليست سواء في اتصال آثارها بها. فمنها ما يترتب عليها آثارها فور انعقادها، وهذه هي العقود المنجزة، ومنها ما تترتب عليها آثارها في زمن لاحق على انعقادها وهذه هي العقود المضافة إلى المستقبل. ومنها ما قد لا تترتب عليها آثارها مطلقاً لأنها علقت على شرط وقد لا يوجد هذا الشرط وهذه هي العقود المعلقة على شرط.

٤٣٢ ـ أولاً: العقود المنجزة:

العقد المنجز، هو ما تكفي صيغته لانعقاده وترتب آثاره عليه في الحال. وهذا في العقود التي لا يحتاج في تمامها إلى قبض المعقود عليه كما في البيع ونحوه. فالبيع بمجرد صدور صيغته المعتبرة من العاقدين يتم العقد وتترتب آثاره عليه في الحال، فيتملك المشتري المبيع، ويتملك البائع الثمن. أما في العقود التي تحتاج في تمامها إلى قبض المعقود عليه كالهبة، ونحوها من عقود التبرعات، فلا تكفي الصيغة لإتمام العقد وترتب آثاره عليه في الحال، بل لا بد فيه من قبض المعقود عليه حتى يتم وتترتب آثار عليه. والعقد هنا قبل القبض صحيح، ولكنه غير تام. وهناك عقود لا تصح، بدون قبض كما في السلم والصرف، فلا بد لصحة السلم من قبض الثمن ولا بد في الصرف من قبض البدلين في مجلس العقد، وبدون هذا القبض لا يصح العقد[1].

والأصل في العقود أن تكون منجزة، إلا ما كان منها بطبيعته لا يقبل التنجيز، كعقد الوصية وعقد الإيصاء. فالوصية، وهي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت[2]، بطبيعتها لا يظهر أثرها إلا بعد وفاة الموصي. وكذا الإيصاء، وهو إقامة الموصي غيره وصياً على أولاده بعد وفاته.

٤٣٣ ـ ثانياً: العقود المضافة إلى المستقبل:

العقد المضاف إلى المستقبل هو الذي تدل صيغته على إنشائه من حيث صدور هذه الصيغة ولكن آثاره لا تترتب عليه إلا في زمن مستقبل عينه العاقدان في العقد. كما لو قال شخص لآخر: أجرتك هذه الدار بعشرين ديناراً في الشهر ابتداء من الشهر القادم[3].

---

(١) الأستاذ محمد مدكور، المرجع السابق، ص ٦١١، والدكتور محمد يوسف موسى، المرجع السابق، ص ٤٤٣.

(٢) رد المحتار ج٥ ص ٥٦٨. وعرف الوصية قانون الوصية المصري رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بمادته الأولى: «الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت».

(٣) الأستاذ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص ٣٨١ ـ ٣٨٢.

٤٣٤ ـ والعقود من ناحية قبولها الإضافة وعدم قبولها تنقسم إلى ما يأتي:

أ ـ عقود بطبيعتها لا تنعقد إلا مضافة للمستقبل وهي الوصية والإيصاء[١].

ب ـ عقود لا تقبل الإضافة وهي، على ما قالوه، عقود التمليكات، أي العقود التي تفيد تمليك الأعيان، كالبيع والصلح على مال والهبة والشركة والقسمة، والإبراء من الدين، وكذلك عقد النكاح. والسبب في عدم قبولها الإضافة، أن هذه العقود جعلها الشارع أسباباً مفضية إلى آثارها في الحال، فتأخير هذه الآثار لا يتفق وأصل وضعها الشرعي.

ج ـ عقود تقبل الإضافة[٢]: فيصح إيقاعها منجزة كما يصح إيقاعها مضافة إلى المستقبل. وهذه العقود أنواع: (منها) الإجارة والمزارعة والعارية ونحو ذلك. وإنما جازت الإضافة في هذه العقود لأنها ترد على تمليك المنفعة وهي توجد آناً بعد آن، فإضافتها لا تنافي أصل وضعها. (ومنها) الكفالة والحوالة، وإنما جازت الإضافة هنا لأنه قد لا يطلب الكفيل ولا المحال عليه بالدين إلا بعد زمن، ففيهما معنى الإضافة، فلا يتنافيان مع الإضافة إلى الزمن المستقبل. (ومنها) الإسقاطات، وهي التصرفات المتضمنة إسقاط ما يملكه الشخص، كالطلاق والعتق والوقف. فله أن يؤخر هذا الإسقاط إلى زمن مستقبل، كما له أن يوقعه حالاً. (ومنها) الإطلاقات، وهي تصرفات فيها إطلاق وتمكين لشخص من تصرف كان ممنوعاً منه، كالوكالة والإذن للصبي في التجارة. وإنما جازت إضافة هذه التصرفات إلى المستقبل، لأنها بطبيعتها لا تفيد أحكامها وآثارها كاملة حالة صدورها، بل تحدث شيئاً فشيئاً فلا تتنافى مع الإضافة.

---

(١) مذكرة في الالتزامات في الشرع الإسلامي للشيخ أحمد إبراهيم رحمة الله عليه ص ١٨٠.

(٢) المبسوط ج١٥ ص ٧٤ وما بعدها. فتح القدير ج٧ ص ١٤٧ وما بعدها، الشيخ أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ١٨٠ ـ ١٨١. الدكتور محمد يوسف موسى ص ٤٤٥ ـ ٤٤٦، الأستاذ محمد سلام مدكور، المرجع السابق، ص ٦١٣ ـ ٦١٥.

٤٤٥ ـ العقود المعلقة[١]:

العقد المعلق بالشرط هو الذي علق وجوده على وجود شيء آخر. أي: إن وجود العقد ربط بوجود أمر في المستقبل، فإذا وجد وجد العقد وإن لم يوجد لم يوجد العقد. كما لو قال شخص لآخر إن سافرت إلى خارج العراق فأنت وكيلي في بيع داري، فقال الآخر قبلت. فالعقد المعلق لا وجود له قبل وجود الشرط المعلق به. ويشترط لصحة التعليق أن يكون المعلق عليه معدوماً وقت التعاقد إلا أنه ممكن الوجود في المستقبل، فإذا كان موجوداً وقت التعاقد، أو كان مستحيل الوقوع في المستقبل، فإن العقد في الحالة الأولى يكون منجزاً، لأن التعليق صوري فقط، وفي الحالة الثانية يكون العقد باطلاً. مثال الحالة الأولى أن تقول لشخص أنا كفيل لك عن فلان إذا كان مديناً لك، وتبين أنه كان مديناً فعلاً. أو تقول لابنك بعد الامتحان إن نجحت في الامتحان فقد وهبت لك هذه الساعة، ويتبين أنه كان ناجحاً فيه. ومثال الحالة الثانية، أن تقول لآخر وهبتك هذه الساعة إذا دخل الجمل في سم الخياط، أو إذا شربت ماء دجلة، أو إذا أحييت والدك الميت. ففي هذه الصور علق العقد على أمر مستحيل الوقوع فيكون العقد باطلاً أي لا ينعقد أصلاً.

٤٣٦ ـ والعقود من ناحية قابليتها للتعليق وعدمه، تنقسم إلى ما يأتي:

أ ـ عقود لا تقبل التعليق: وهي على ما قالوه، عقود التمليكات التي ترد على الأعيان أو المنافع، بعوض أو بدونه، كالبيع والإجارة والهبة والقرض والإعارة ونحو ذلك. وإنما لم يجز التعليق في هذه العقود، لأن الشأن في المعلق عليه أنه يوجد وقد لا يوجد، مما يجعل هذه العقود مترددة بين الوجود والعدم، فتكون كأنها قمار. وأيضاً فإن عقود التمليكات يجب أن تكون جازمة حتى يتحقق عليها الرضا الذي هو أساس انعقاد العقد وترتب آثاره، فإذا لم تكن هذه العقود جازمة

(١) الشيخ أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ١٧٧ ـ ١٨٠، الفروق للقرافي ج٤ ص ٢٧٦، الدكتور محمد يوسف موسى، المرجع السابق ص ٤٤٨ ـ ٤٥٠، الأستاذ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص ٣٨٤ وما بعدها.

بأن علقت على شرط، فإن الرضا قد يزول حين تحقق الشرط، فينعقد العقد دون رضا، وهذا لا يجوز. وعلى هذا لا يصح أن يقال بعتك هذه الدار إذا اشتريت دار جاري. أما عدم جواز تعليق النكاح على شرط، فأمره واضح، لأن عقد النكاح لخطورته ولضرورة سلامة ابتنائه ووضوح الأمر ابتداء، كل هذا يقضي بتنجيزه وعدم تعليقه أو إضافته. وعلى هذا لا يصح أن يقال: تزوجتك إذا رضي أهلي أو إذا قدم والدي من السفر.

هذا، وهناك رأي يجيز تعلق عقود التمليكات على شرط، سواء أكانت بعوض أو بغير عوض؛ لأن الحاجة قد تدعو إلى مثل هذا التعليق[1]. وهذا الرأي له وجاهته، وتؤيده بعض الآثار المروية عن النبي ﷺ ومنها تعليق الهبة على الشرط[2].

ب ـ عقود تقبل التعليق بكل شرط، كالوكالة، والوصية والإيصاء، والإسقاطات كالطلاق والإعتاق. وسبب جواز التعليق في هذه العقود، أن هذا التعليق في بعض هذه العقود لا يترتب عليه ضرر بأحد المتعاقدين، ولأن بعضها، كالطلاق، إسقاط لما يملكه الشخص بمحض إرادته، فصح تعليقه على أمر مستقبل، كما لو قال شخص لزوجته: إن سرقت فأنت طالق، فإن الطلاق يقع إذا وقع الشرط بأن سرقت المرأة[3]. والوكالة لا تفيد آثارها وقت صدورها، بل تحدث هذه الآثار حين مباشرة الوكالة آناً بعد آن. والوصية والإيصاء، لا يترتب عليهما أثر إلا بعد وفاة الموصي، فهما معلقان على شرط الوفاة، فصح تعليقهما على شيء آخر غير وفاة الموصي، ولا ضرر في ذلك على أحد العاقدين.

---

(١) أعلام الموقعين، للإمام ابن القيم، ج٣ ٢٨٨.

(٢) نيل الأوطار للشوكاني ج٦ ص ١٠٠.

(٣) وذهب بعض الفقهاء، ومنهم الإمام ابن تيمية، إلى أن تعليق الطلاق على شرط ووقوعه إذا تحقق الشرط، إنما يكون إذا كان قصد المتكلم إيقاع الطلاق إذا وقع الشرط، أما إذا لم يقصد وقوعه بوقوع الشرط، وإنما قصد حمل الزوجة على عمل شيء أو الامتناع عن شيء، فلا يقع الطلاق إذا تحقق الشرط: فتاوى ابن تيمية ج٣ ص ٣ وما بعدها.

ج ـ عقود وسط بين النوعين السابقين، فهي تقبل التعليق ولكن بشرط أن يكون المعلق عليه شرطاً مناسباً أي ملائماً للعقد. ومن هذه العقود الكفالة والحوالة. والشرط الملائم هو ما كان مناسباً لمقتضى العقد حسب الشرع أو العرف، بأن يكون بين الشرط وما علق عليه مناسبة تقتضي هذا التعليق[1]. فيصح أن تقول للمشتري: إن استحق المبيع فأنا كفيل بثمنه. ويصح أن تقول لآخر: إن أقرضت فلاناً فأنا كفيل بهذا الدين. وأما إذا كان الشرط غير ملائم فلا يصح التعليق، كما لو قال شخص لآخر: إذا أمطرت السماء فأنا كفيلك بما لك من دين في ذمة فلان. أو إذا نجحت في الامتحان فقد تكلفت بما لك من دين على فلان. أو قولك: إذا نجح ابني في الامتحان فقد أحلتك بالدين الذي لك علي على فلان. فالتعليق في هذه العقود مفسد للعقد لأنه لا يظهر فيه قصد سليم فهو كالهزل، فلا يصح العقد به[2].

المبحث الثالث

اقسام العقد باعتبار نوع آثاره

٤٣٧ ـ لكل عقد أو تصرف آثار معينة تترتب عليه، هي غرض العاقد من إنشائه هذا العقد أو ذاك. فعقد البيع يفيد ملكية المبيع للمشتري، وملكية الثمن للبائع. وهذا هو الغرض الذي يقصده العاقدان من عقد البيع. وعلى هذا الأساس تتنوع العقود إلى مجموعات، أي على أساس الغرض منها. وقد يكون للعقد الواحد أكثر من غرض واحد فيندرج تحت أكثر من مجموعة.

٤٣٨ ـ ونذكر فيما يلي هذه المجموعات وما يندرج تحت كل مجموعة من عقود وتصرفات:

أولاً ـ عقود التمليكات: وهي التي يكون الغرض منها تمليك العين أو المنفعة، بعوض، أو بغير عوض. فالتي بعوض هي عقود المعاوضات. والتي بغير عوض هي

(١) الأستاذ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص ٣٨٨.
(٢) الدكتور محمد يوسف موسى، المرجع السابق، ص ٤٥١.

عقود التبرعات. فمن الأولى البيع والسلم والإجارة، والمضاربة، والمزارعة، والمساقاة. فكل عقد من هذه العقود فيه مبادلة ومعاوضة من الجانبين، أي من طرفي العقد. ومن الثانية، أي عقود التبرعات، الهبة، والإعارة، والوصية والصدقة، وليس فيها معنى المعاوضة والمبادلة، وإنما فيها تبرع ومعونة من جانب واحد أي من أحد العاقدين إلى الآخر.

ثانياً ـ الإسقاطات: وهي التي يراد بها إسقاط ما للإنسان من حق، فإذا كان الإسقاط بلا بدل فهي الإسقاطات المحضة، وإن كانت بعوض فهي إسقاطات فيها معنى المعاوضة. فمن النوع الأول الطلاق المجرد عن المال، والإعتاق، والعفو عن القصاص بلا بدل، والتنازل عن حق الشفعة، وإبراء الدائن مدينه من الدين. ومن الثاني الطلاق على مال تدفعه الزوجة نظير طلاقها، وهو المسمى بالخلع. والعفو عن القصاص على مال يدفعه الجاني.

ثالثاً ـ عقود التفويض والإطلاق: وهي التي تتضمن تفويض الغير وإطلاق يده في التصرف بعمل كان ممنوعاً عليه قبل هذا التفويض والإطلاق. كعقد الوكالة والإيصاء والإذن للصغير المميز بمباشرة بعض أعمال التجارة.

رابعاً ـ التقييدات: وهي تصرفات يراد بها منع الشخص من تصرف كان مباحاً من قبل، مثل عزل الوكيل أو ناظر الوقف، وعزل القضاة والأوصياء، والحجر على المأذون له بالتجارة.

خامساً ـ عقود التوثيقات أو التأمينات: وهي التي يكون الغرض منها تأمين الدائن على دينه قبل مدينه. ومن هذه العقود الكفالة، والحوالة، والرهن[1].

---

(١) الكفالة: عقد يفيد ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة

والحوالة: عقد يفيد نقل الدين من ذمة الأصيل «المدين» إلى ذمة المحال عليه.

والرهن: جعل الشيء محبوساً عند الدائن حتى يمكنه استيفاء دينه منه عند عدم أدائه من قبل المدين في حينه. ويسمى هذا الشيء بالرهن أو المرهون. ويسمى صاحبه، وهو المدين، بالراهن. ويسمى الدائن، الذي وضع عنده الرهن، بالمرتهن.

سادساً ـ عقود الشركات: وهي التي يكون الغرض منها الاشتراك في العمل والربح. ومنها المضاربة والمزارعة والمساقاة.

سابعاً ـ عقود الحفظ: وهي التي يقصد بها حفظ المال، كعقد الوديعة، فإن المودع يضع ماله عند المودع لديه لغرض حفظ ماله.

الفصل السادس

الخيـارات

٤٣٩ ـ تمهيد:

الخيارات جمع مفردها خيار، وهو طلب خير الأمرين أو الأمور. وعند الفقهاء يراد بالخيار أن يكون للمتعاقد الحق في إمضاء العقد أو فسخه. والحكمة في وجود الخيارات في العقود اللازمة ـ مع أن الأصل لزوم مقتضاها بالنسبة للعاقدين ـ هي التأكد من رضا العاقدين في إنشاء العقد وإمضائه، ولأن الحاجة ورعاية مصلحة طرفي العقد تدعوان إلى هذه الخيارات. فالإنسان قد يشتري، مثلاً، سلعة، ويخفى عليه ما فيها من عيب عند التعاقد، ثم يطلع عليه فيما بعد، فمن العدل أن يعطى هذا المشتري الخيار في فسخ العقد أو إبقائه. وهذه الخيارات منها ما ورد في النص الشرعي بها، فهي ثابتة بحكم الشرع حتى وإن لم يشترطها أحد المتعاقدين كخيار الرؤية وخيار العيب ومنها خيارات لا تثبت بدون اشتراطها في العقد كخيار الشرط وخيار التعيين. وسنتكلم في أبحاث متتالية عن أهم هذه الخيارات.

المبحث الأول
خيار الشرط

٤٤٠ ـ تعريفه:

وهو أن يكون لأحد العاقدين أو لكليهما أو لغيرهما الحق في إمضاء العقد أو فسخه في مدة معلومة إذا شرط ذلك في العقد[١]. ويثبت الخيار للعاقد بأن يشترطه لنفسه أو يشترطه العاقد الآخر له، كما لو قال البائع للمشتري بعتك هذه الفرس

(١) الأستاذ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص ٤٠١.

ولك الخيار ثلاثة أيام. فسبب ثبوت هذا الخيار اشتراطه في العقد من قبل أحد العاقدين ولذا سمي بخيار الشرط، أي الخيار الذي سببه الشرط[1].

٤٤١ ـ مدته:

ومدة هذا الخيار ثلاثة أيام أو أقل. وهذا عند فريق من الفقهاء كالشافعية وأبي حنيفة. وعند الحنابلة والجعفرية يجوز أن يكون الخيار لأكثر من ثلاثة أيام ما دامت المدة معلومة، سواء أكانت قصيرة أو طويلة. وعند المالكية يثبت هذا الخيار بالشرط أو بمقتضى العرف بدون اشتراط وفي البيع تختلف مدته باختلاف نوع المبيع[2]. ووجهة القائلين بتحديد المدة بثلاثة أيام أن الحديث ورد بهذه المدة فيقتصر عليها لأن خيار الشرط يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم فيقتصر على أقصى ما ورد به النص وهو ثلاث أيام. ووجهة المجيزين لأكثر من ثلاثة أيام أن هذا الخيار شرع لمصلحة مشترطه وهو أدرى ما يكفيه من مدة، ولا ضرر في إطالتها ما دامت معلومة. أما تحديدها في الحديث بثلاثة أيام فلا يعني عدم جوازها بأكثر من هذه المدة، والرأي الأول أرجح[3]. وإذا كانت المدة مجهولة، صح العقد وألغي الشرط عند فريق من الفقهاء كالحنابلة[4]. وعند فريق آخر يفسد العقد وهذا مقتضى مذهب الحنفية لأن مجهولية المدة شرط فاسد والشروط الفاسدة تفسد العقد عندهم.

٤٤٢ ـ العقود التي يجري فيها خيار الشرط:

يجوز اشتراط خيار الشرط في العقود اللازمة القابلة للفسخ كالبيع والإجارة. ولا يجوز في العقود اللازمة التي لا تقبل الفسخ كالزواج والخلع، وكذا في

---

(١) الأستاذ علي الخفيف، المرجع السابق، ص ١٢١.

(٢) اللباب في شرح الكتاب للميدان ج١ ص ٢١٥ ـ ٢١٦، مغني المحتاج ج٢/ ١٤، كشاف القناع ج٢ ص ١٧، مواهب الجليل ج٤ ص ٤١٠ ـ ٤١١، الشرح الصغير للدردير ج٢ ص ٥٢، ٥٣، منهاج الصالحين، الطبعة السابعة للمجتهد السيد محسن الحكيم ج٢ ص ٢٢.

(٣) انظر نيل الأوطار للشوكاني ج٥ ص ١٨٤.

(٤) المغني ج٣ ص ٥٨٩.

الإيقاعات كالطلاق والعتق[١]. ولا يجري كذلك في العقود غير اللازمة والوديعة والعارية. ويشترط هذا الخيار لأحد العاقدين أو لغيرهما، ولهذا الغير أن يباشر هذا الخيار كما لمن اشترط له أن يباشر الخيار بنفسه وأيهما باشر حقه في الخيار نفذ وبطل حق الثاني فيه.

٤٤٣ ـ أثر الخيار في العقد:

لا خلاف في أن الخيار يجعل العقد غير لازم بالنسبة لمن له الخيار، فله أن يمضيه أو يفسخه. ولا يشترط في الإمضاء أو الفسخ لفظ مخصوص بل يجوز بكل لفظ يدل على إرادة إمضاء العقد أو فسخه. وكذلك يجوز أن يكون ذلك بالفعل الدال على رغبة العاقد في إبقاء العقد أو إلغائه. وإذا مضت المدة دون أن يبين من له الخيار رأيه فإن العقد يكون لازماً في حق الطرفين.

وإذا كان الخيار في عقود المعاوضات فإنه يمنع خروج العوض من ملك من له الخيار، فإذا كان الخيار للبائع لم يخرج المبيع من ملكه ولكن الثمن يخرج من ملك المشتري. وإذا كان الخيار للمشتري لم يخرج الثمن من ملكه ولكن ذلك لا يمنع خروج المبيع من ملك بائعه، فإذا أمضى العقد من له الخيار فيه، كالمشتري، مثلاً، ظهر عند ذاك أن المبيع دخل في ملكه من وقت صدور العقد، وإن فسخه ظهر أنه عاد إلى البائع[٢].

٤٤٤ ـ انتهاء خيار الشرط:

ينتهي خيار الشرط بجملة أمور[٣]، منها:

أولاً: إمضاء العقد أو فسخه في مدة الخيار.

ثانياً: مضي مدة الخيار بلا إمضاء أو فسخ.

---

(١) المجتهد السيد محسن الحكيم، المرجع السابق، ص ٢٢.

(٢) الشيخ علي الخفيف، المرجع السابق، ص ١٢٤ ـ ١٢٥.

(٣) بداية المجتهد ج٢ ص ١٨٤، السيد محسن الحكيم، المرجع السابق، ص ٢٣، ٢٤، الأستاذ علي الخفيف ص ١٢٥ ـ ١٢٦، الأستاذ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص ٤٠٩.

ثالثاً: تغيب محل العقد أو هلاكه بيد العاقد الآخر إذا كان الخيار له. لأن فسخ العقد يقتضي رد محل العقد إلى صاحبه. ومع تغيبه أو هلاكه يمتنع الرد، فيلزم العقد وينتهي حكم الخيار.

رابعاً: موت من له الخيار. وهذا عند فريق من الفقهاء، كالحنفية والحنابلة. لأن خيار الشرط رغبة ومشيئة من اختاره، والرغبات وسائر الصفات الشخصية لا تورث. وذهب غيرهم كالجعفرية والشافعية والمالكية إلى وراثة شرط الخيار، وحجتهم أنه حق متعلق بالمال، فيورث كما تورث سائر الأموال، وبهذا جاء الحديث الشريف: «من ترك مالاً أو حقاً فلورثته».

المبحث الثاني

خيار التعيين

٤٤٥ ـ يرد هذا الخيار في عقود المعاوضات التي تفيد تمليك الأعيان كالبيع والهبة بشرط العوض[١]. ومعناه أن يكون لأحد المتعاقدين حق تعيين أحد الشيئين أو الثلاثة التي ذكرت في العقد مع ثمن كل منها، ليكون هذا المعين هو محل العقد. كما لو قال شخص لآخر بعتك أحد هذين الثوبين بثمنه ـ ويعين البائع ثمن كل ثوب ـ على أن تعين ما تريد شراءه في مدة يومين، فيقول الآخر قبلت. فيثبت بهذا الخيار للمشتري اختيار أحد الثوبين وجعله محلاً للعقد بالثمن المعين له.

٤٤٦ ـ وجواز هذا الخيار ليس محل اتفاق الفقهاء، فالأكثرون لم يجيزوه لجهالة المحل، والأقلون أجازوه ومنهم أبو حنيفة وصاحباه أبو يوسف ومحمد[٢]. والظاهر أن قول المجيزين أرجح من قول المانعين، لأن في الناس حاجة إلى مثل هذا الخيار، وليس فيه ضرر على أحد المتعاقدين ولا تؤدي جهالة المحل قبل التعيين إلى أي نزاع لتعيين ثمن كل واحد من الأشياء التي يجري فيها خيار التعيين.

---

(١) الأستاذ شلبي ص ٤٣١.

(٢) الكاساني ج٥ ص ٢٦ وما بعدها، شرح الكنز للزيلعي ج٤ ص ٢٦ وما بعدها ـ شرح المجلة لعلي حيدر ج١ ص ٢٦٣.

ويجوز اشتراط هذا الخيار للمشتري بلا خلاف بين القائلين به، ويجوز اشتراطه للبائع أيضاً على رأي بعضهم، ولكن أكثرهم يمنعه. ويشترط أن يكون مع هذا الخيار خيار الشرط أيضاً، وهذا على رأي بعضهم القائلين بخيار التعيين، وليس هذا بشرط على رأي البعض الآخر منهم.

٤٤٧ ـ شروط صحة خيار التعيين(١):

أ ـ أن يكون الخيار بين شيئين أو ثلاثة أشياء لا أكثر، لأن الحاجة تندفع بذلك.

ب ـ أن تكون هذه الأشياء متفاوتة فيما بينها، والتفاوت يثبت في الأموال القيمية. وكذلك في الأموال المثلية إذا اختلف الجنس.

ج ـ أن تكون أثمان الأشياء التي يجري فيها خيار التعيين معينة، أي يذكر ثمن كل واحد من هذه الأشياء، فإن لم تعين أثمانها فسد العقد.

د ـ أن تكون مدة الخيار معلومة، وهي عن أبي حنيفة لا تزيد عن ثلاثة أيام، وعند صاحبيه يجوز أن تكون أكثر من ذلك ما دامت معينة واتفق عليها الطرفان(٢).

٤٤٨ ـ مسقطات خيار التعيين:

يسقط خيار التعيين بالاختيار، بأن يقوم المشتري بتعيين الشيء الذي يريده صراحة كأن يقول رضيت بهذا الشيء، أو دلالة كما لو تصرف في أحد الأشياء تصرفاً يدل على رضاه به، كما لو كان المخير فيه ثلاث قطع من القماش فدفع واحدة منها إلى خياط ليخيطها بدلة له. وكذلك يسقط هذا الخيار بهلاك أحد الأشياء بعد قبضها من قبل المشتري، فيتعين الهالك محلاً للعقد بثمنه المحدد له. وكذلك إذا تعيب أحد الأشياء بعيب يمنع رده فإنه يتعين محلاً للعقد أيضاً.

٤٤٩ ـ وراثة خيار التعيين:

إذا مات من له هذا الخيار قبل التعيين، قام مقامه وارثه في هذا الخيار لأنه

---

(١) الأستاذ محمد مصطفى شلبي، ص ٤٢٨ ـ ٤٢٩.

(٢) وهذا ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية، فقد جاء في المادة ٣١٧: «يلزم في خيار التعيين تعيين المدة» فلم تقيد هذه المادة بثلاثة أيام.

خيار يورث، ولأن ملك المورث ثبت في واحد غير معين فعلى الوارث تعيينه ودفع ثمنه من التركة[1].

المبحث الثالث
خيار الرؤية

٤٥٠ ـ تعريفه:

هو حق يثبت بمقتضاه لأحد العاقدين أن يفسخ العقد أو يمضيه عند رؤية محل العقد إذا لم يكن قد رآه وقت التعاقد أو قبله بوقت لا يتغير فيه[2]. فإذا اشتريت فرساً لم ترها كان لك الخيار عند رؤيتها بين فسخ العقد وإمضائه. فسبب ثبوت هذا الخيار هو عدم رؤية العاقد محل العقد عند التعاقد أو قبله بوقت قصير لا يتغير فيه محل العقد عادة. وثبوت هذا الحق بسبب عدم الرؤية يبقى قائماً ولو وصف محل العقد من قبل العاقد الآخر، لأن الوصف مهما كان دقيقاً فلن يبلغ مبلغ العلم به عن طريق رؤيته، ولهذا شرع هذا الخيار عند الرؤية حتى يتحقق بها العلم الكافي بمحل العقد فإذا أمضاه العاقد كان عن رضا كامل.

٤٥١ ـ معنى الرؤية وما تتحقق به:

المراد بالرؤية، هنا، إدراك محل العقد والعلم به والوقوف على حاله. ويتم ذلك بإحدى حواس الإنسان، وكل شيء يدرك بما يناسبه، فالمسك يعرف بالشم، والمأكول بالذوق، والقماش بالبصر واللمس، والمزمار ونحوه مما يستعمل للجيوش بالسمع، والحيوان بالبصر والجسّ وهكذا[3]. ولا يشترط رؤية جميع المحل إذا كانت رؤية البعض تؤدي إلى معرفة الكل ويكون هذا في الأموال التي لا تفاوت بين أقسامها وأجزائها. وعلامة عدم التفاوت أن يكون من المعتاد بيع ذلك

---

(١) جاء في المادة ٣١٩ من المجلة، القانون المدني العراقي القديم: «خيار التعيين ينتقل إلى الوارث..» .

(٢) الأستاذ محمد مصطفى شلبي ص ٤١٩.

(٣) شرح المجلة للأستاذ علي حيدر ج١ ص ٢٦٨.

المال اكتفاء برؤية نموذجه كما في بيع المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة والقماش المصنوع من مادة واحدة في معمل واحد[١].

٤٥٢ ـ العقود التي يثبت فيها خيار الرؤية:

يثبت خيار الرؤية للمتملك في كل عقد يكون فيه محل العقد معيناً بالتعيين، أي مشخصاً، ويكون قابلاً للفسخ. وعلى هذا الأساس يثبت في العقود التالية[٢].

أولاً: في البيع إذا كان المبيع عيناً مشخصة فيثبت خيار الرؤية للمشتري. وكذلك يثبت للبائع إذا كان الثمن عيناً مشخصة، كما لو بعت سيارة بفرس، فالخيار للبائع والمشتري.

ثانياً: في الإجارة، كما لو استأجرت عيناً لم ترها، فالخيار لك عند رؤيتها بين إمضاء الإجارة وبين فسخها، وكذلك يثبت للمؤجر هذا الخيار إذا كانت الأجرة عيناً مشخصة، كما لو استأجرت دارً لمدة سنة نظير حيوان معين.

ثالثاً: قسمة الأعيان القيمية، فإذا قسمت بين أصحابها ولم ير أحد الشركاء نصيبه كان له الخيار إذا رآه.

رابعاً: الصلح عن دعوى المال على عين معينة لم يرها المصالح، فإذا رآها كان له الخيار، لأن هذا الصلح بمعنى البيع، إذ يعتبر معاوضة بين الحق المدعى به والبدل المصالح عليه.

ويظهر من هذه العقود التي يثبت فيها خيار الرؤية، أن هذا الخيار للمتملك، وذهب بعضهم إلى ثبوته للمملك أيضاً. والراجح هو الأول.

٤٥٣ ـ ما يشترط لثبوت خيار الرؤية:

يشترط لثبوت خيار الرؤية جملة شروط هي[٣]:

---

(١) نصت المادة ٣٢٤ من المجلة على أن: «الأشياء التي تباع على مقتضى أنموذجها تكفي رؤية الأنموذج منها فقط».

(٢) الأستاذ علي حيدر، المرجع السابق، ج١ ص ٢٦٩، الأستاذ علي الخفيف، المرجع السابق، ص ١٢٨.

(٣) الكاساني ج٥ ص ٢٩٢ ـ ٢٩٣، شرح المجلة للأستاذ علي حيدر ج١ ص ٢٦٩، الأستاذ علي الخفيف ص ١٢٧، الأستاذ محمد مصطفى شلبي ص ٤٢١ ـ ٤٢٢.

أولاً: عدم رؤية العاقد محل العقد عند التعاقد أو قبله.

ثانياً: أن يكون محل العقد عيناً معينة، أي مشخصة، كالدار التي في الجهة الفلانية في الموقع الفلاني وذات الحدود المعلومة في خارطتها وسند تسجيلها، سواء أذكرت أوصاف المحل في العقد أم لم تذكر. لأن ذكر الأوصاف مهما كان دقيقاً لا يحقق العلم بالمحل المستفاد من الرؤية الحقيقية له. أما ما يثبت ديناً موصوفاً في الذمة، كما في المبيع في عقد السلم، فلا يثبت فيه خيار الرؤية، لأن تحقيق الرضا بالمحل يكون بتحقيق الوصف. فإذا تحقق الوصف تحقق الرضا ولزم العقد ولم يكن هناك مقتضى لخيار الرؤية، بخلاف العين المعينة، فإن الأوصاف، كما قلنا، لا تكفي لتمام العلم بالمحل.

ثالثاً: أن يكون العقد مما يقبل الفسخ، ليمكن فسخه. فإذا كان مما لا يقبل الفسخ، كالزواج والخلع، فلا يثبت خيار الرؤية فيما يجب به من مال وإن كان عيناً مشخصة، كما لو تزوج شخص امرأة على دار لم ترها، أو خالعته على دار لم يرها، لم يكن لأحدهما الخيار عند رؤية الدار.

رابعاً: رؤية العاقد لمحل العقد، فلا خيار له قبلها.

٤٥٤ ـ وقت ثبوت الخيار ومدته:

خيار الرؤية يثبت عند رؤية محل العقد فلا يثبت قبل هذه الرؤية. وثبوته يكون بحكم الشرع بدون حاجة إلى اشتراطه في العقد، بل يثبت وإن شرط في العقد نفيه. فإذا اشترى شخص عيناً لم يرها على أن لا يكون له خيار رؤية كان شرطه لغواً ويثبت له الخيار عند رؤيتها. ومدة الخيار تبدأ من رؤية المحل وتستمر إلى أن يصدر ممن له هذا الخيار ما يدل على رضاه بالمحل أو فسخ العقد. كما ينتهي بحصول ما يسقطه. فليس له، إذن، مدة معينة ينتهي بانتهائها، وبهذا الرأي الراجح في الفقه الحنفي أخذت مجلة الأحكام العدلية. وذهب بعض الأحناف إلى أنه موقت، وينتهي هذا الوقت بمضي أي زمن بعد الرؤية يتمكن فيه من له الخيار من الفسخ ثم لا يفعل، فإذا مضى هذا الزمن ولم يفسخ سقط الخيار، وهذا مذهب الجعفرية أيضاً[1].

---

(١) شرح المجلة للأستاذ علي حيدر ج١ ص ٢٦٩، منهاج الصالحين للمجتهد السيد محسن الحكيم ج٢ ص ٢٩، الأستاذ علي الخفيف ص ١٢٧.

٤٥٥ ـ أثره في العقد:

ثبوت خيار الرؤية لأحد العاقدين لا يمنع نفاذ العقد، فهو نافذ بالرغم من هذا الخيار، ولكنه يمنع لزومه بالنسبة إلى من ثبت له هذا الخيار، فهو بالنسبة له عقد غير لازم، وإنما يلزم إذا أمضاه بعد رؤية المحل بأن يصدر منه ما يدل على رضاه بالمحل بالقول أو بالفعل كأن يقول رضيت أو أمضيت العقد، أو بالفعل كأن يقبض المعقود عليه بعد رؤيته. أما رضاه، قبل الرؤية، بإمضاء العقد فلا يجعل العقد لازماً له ولا مسقطاً لخيار الرؤية وحتى لو قال تنازلت عن حق خيار الرؤية، لأن التنازل عنه إسقاط له قبل وجوده، ولا يصح إسقاط الحق قبل وجوده. وكذلك لو اشترط في العقد نفيه بأن قال: قبلت المبيع بثمنه على أن لا يكون لي خيار الرؤية، لم يلزمه ذلك وكان له خيار الرؤية، لأن هذا الشرط تغيير لما شرعه الإسلام، وما شرعه الإسلام لا يملك الإنسان تغييره. وعلى هذا يبقى للمتملك خيار الرؤية في جميع هذه الأحوال، فله بعد الرؤية إمضاء العقد أو فسخه. ولا يفهم من هذا أن من له الخيار لا يستطيع فسخ العقد قبل رؤية المحل، فإن حق الفسخ ثابت له قبل الرؤية ولكن لا على أساس خيار الرؤية وإنما على أساس أن العقد غير لازم له.

وكما له بعد الرؤية إمضاء العقد فإن له أيضاً فسخه، كأن يقول فسخت العقد أو رفضته. والفسخ لا يتوقف على رضا الطرف الآخر ولا على قضاء القاضي وإنما يتوقف على علم الطرف الآخر دفعاً للضرر عنه إذ ربما يعتمد على ما أجراه من عقد معه فلا يطلب لسلعته مشترياً آخر[1].

٤٥٦ ـ مسقطات خيار الرؤية:

يسقط خيار الرؤية بواحد مما يأتي:

أ ـ الرضا بالعقد صراحة أو دلالة ممن له الخيار. فإذا قال رضيت بالعقد، كان هذا القول إسقاطاً صراحة. وإذا قبض المعقود عليه بعد رؤيته كان هذا القبض إسقاطاً دلالة، كما قلت من قبل وكذلك إذا طلب الأخذ بالشفعة بسببه، يعتبر هذا الطلب رضا دلالة بالمحل بعد رؤيته.

---

(١) الأستاذ شلبي، المرجع السابق، ص ٤٢٤ ـ ٤٢٥.

ب ـ تصرف المتملك بالمحل كبيعه ورهنه وإجارته وهبته مع التسليم أو بدونه، وانتفاعه به، وعرضه إياه للبيع.

ج ـ تعيب المحل في يد متملكه فإنه لا يجوز في هذه الحالة رده لصاحبه وقد سلمه سليماً، لأنه لا يجوز دفع الضرر عن المتملك بإضرار المالك.

د ـ تعذر رد المحل كاملاً إلى صاحبه لهلاك بعضه أو تغيب هذا البعض أو لتصرفه في هذا البعض والسبب واضح، لأن خيار الرؤية لا يتجزأ فإما أن يقبل الكل أو يرد الكل، فإذا تعذر رد الكل سقط الخيار ولزم العقد[1] .

هـ ـ ويسقط هذا الخيار بترك المبادرة إلى الفسخ بعد الرؤية، وهذا عند الجعفرية[2].

ز ـ موت من له الخيار قبل أن يختار الفسخ أو الإمضاء، فإذا توفي سقط الخيار ولزم العقد، ولم ينتقل الخيار إلى الورثة، لأن خيار الرؤية كخيار الشرط، إرادة ومشيئة، والوارث لا يرث مورثه في رغباته وإرادته[3]. وعند الجعفرية يورث خيار الرؤية، فلا يسقط بوفاة من له هذا الخيار، بل ينتقل إلى ورثته[4]. وبقول الجعفرية قال الشافعي[5].

المبحث الرابع

خيار العيب

٤٥٧ ـ تعريفه، والعقود التي يثبت فيها:

هو ما يكن للمتملك من حق في فسخ العقد أو إمضائه بسبب عيب يجده فيما

(١) الأستاذ علي الخفيف، المرجع السابق، ص ١٣٠ ـ ١٣١، الأستاذ مدكور، المرجع السابق، ص ٦٩٠ ـ ٦٩١.

(٢) منهاج الصالحين للمجتهد السيد محسن الحكيم ج٢ ص ٢٩.

(٣) شرح المجلة للأستاذ علي حيدر ج١ ص ٢٧١.

(٤) الدكتور محمد يوسف موسى، المرجع السابق، ص ٤٧٩.

(٥) منهاج الصالحين للمجتهد السيد محسن الحكيم ج٢ ص ٣٢.

تملك[١]. وإضافة الخيار إلى العيب من إضافة المسبب إلى السبب أي الخيار الذي يثبت بسبب العيب. وهذا الخيار يثبت إذا كان المعقود عليه معيناً بشخصه كما في خيار الرؤية، فإذا كان معيناً بأوصافه كما في المبيع في السلم فلا يثبت فيه خيار العيب، لأن تحققه يكون بتحقق أوصافه فإذا لم تتحقق لم يكن محلاً للعقد[٢]. وعلى ذلك يثبت في العقود التي يثبت فيها خيار الرؤية وهي البيع والإجارة والقسمة وبدل الصلح، على النحو الذي بيناه في مبحث خيار الرؤية.

٤٥٨ ـ العيب الذي يثبت فيه الخيار:

العيب في المعقود عليه الذي يوجب الخيار هو الذي يوجب نقصاً في ثمنه عند التجار وأرباب الخبرة فيه، أو الذي تقتضي الخلقة السليمة أن يكون المعقود عليه خالياً منه، أو الذي يفوت الغرض المقصود منه، وكان ذلك يوجب نقصاناً في قيمته[٣]. بحيث لو علم المشتري ونحوه بهذا العيب لما أقدم على تملكه بالثمن الذي رضيه. وعلى هذا فالكسر في الإناء، والعمى والعرج في الحيوان، والنقص في الكتاب، كل هذا وأمثاله يعتبر عيباً في المعقود عليه يثبت به الخيار.

٤٥٩ ـ سبب خيار العيب:

وسبب هذا الخيار، هو العيب كما هو ظاهر من اسمه، وإنما كان العيب سبباً للخيار لأن سلامة المعقود عليه من العيوب أمر مقصود للعاقد، ووصف مرغوب فيه عادة وعرفاً، حتى يحصل للمتملك الانتفاع بالمعقود عليه على الوجه الكامل التام، فكأن سلامة المحل من العيوب قد شرطت في العقد، فإذا فات هذا الشرط انعدم رضا العاقد ولحقه الضرر، فكان في إعطائه هذا الخيار دفع للضرر عنه ومنع

---

(١) الأستاذ علي الخفيف، المرجع السابق، ص ١٣١، ١٣٢ ـ ١٣٣.

(٢) الأستاذ علي الخفيف، المرجع السابق، ص ١٣١، ١٣٢ ـ ١٣٣.

(٣) شرح المجلة للأستاذ علي حيدر ج١ ص ٢٩٠. وجاء في المادة ٣٣٨ من المجلة: «العيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة» وانظر الكاساني ج٥ ص ٢٧٤، وكشاف القناع ج٢ ص ٥٨، ومنهاج الصالحين للمجتهد السيد محسن الحكيم ج٢ ص ٣٠.

لإلزامه بشيء لم يرض به، ولهذا شرع هذا الخيار. ولا يحتاج لثبوته اشتراطه في العقد، لأنه يثبت بحكم الشرع، فلا يحتاج إلى اشتراطه[1].

٤٦٠ ـ شروط ثبوت خيار العيب[2]:

أولاً: حدوث العيب في محل العقد ـ كالمبيع في عقد البيع ـ قبل أن يتسلمه المشتري، سواء حدث العيب قبل العقد أو بعده ولكن قبل التسليم. فإذا حدث العيب بعد قبض المبيع من قبل المشتري فلا يثبت له الخيار، لأن المبيع وصل إليه سالماً وهذا مقتضى العقد.

ثانياً: ألا يعلم المشتري بالعيب حين العقد، وألا يرضى به بعد علمه به، وألا يزول هذا العيب قبل أن يستعمل صاحب الخيار حقه في فسخ العقد. وعلى هذا إذا جرى العقد وكان المشتري عالماً بما في المحل من عيب، أو كان جاهلاً به ثم علم به بعد العقد فرضي به، أو إذا زال قبل أن يبادر إلى طلب الفسخ، ففي هذه الحالات لا يبقى له خيار في الفسخ، لأن سبب الخيار وجود العيب وعدم رضاه به، فإذا زال السبب زال المسبب.

ثالثاً: ألا يكون الممتلك ـ كالبائع في عقد البيع ـ قد اشترط براءته من العيوب. فإن اشترط ذلك ورضي المتملك، ثم ظهر عيب في المعقود عليه لم يترتب عليه خيار.

٤٦١ ـ أثره في العقد[3]:

وجود العيب في المعقود عليه لا يؤثر في ترتب أحكام العقد، وإنما يظهر أثره في لزوم العقد فيمنعه بالنسبة إلى من يثبت له هذا الخيار، إذ لهذا الأخير الحق في

(١) الأستاذ علي الخفيف، المرجع السابق، ص ١٣٢.
(٢) شرح المجلة، المرجع السابق، ج١ ص ٢٨٥ ـ ٢٨٦، الدكتور محمد يوسف موسى، المرجع السابق، ص ٤٨١، الأستاذ علي الخفيف، المرجع السابق، ص ١٣٢.
(٣) شرح المجلة للأستاذ علي حيدر ج١ ص ٢٨٣، الأستاذ مدكور، المرجع السابق، ص ٦٩٨، الأستاذ علي الخفيف، المرجع السابق، ص ١٣٣ الأستاذ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص ٤١٥.

إمضاء العقد أو فسخه ما دام الفسخ ممكناً لأن العقد بالنسبة له غير لازم بسبب خيار العيب. فإذا أراد الفسخ فله هذا دون توقف على رضا العاقد الآخر ما دام الفسخ في حضرته، ولكن إذا لم يكن هذا العاقد حاضراً عند الفسخ اشترط علمه بالفسخ. وإذا كان الفسخ بعد القبض فلا بد من رضا العاقد الآخر، أو قضاء القاضي عند إبائه. والسبب في اشتراطه رضاه في هذه الحالة، هو تأكد العقد بالقبض ولأنه يمكن أن ينازعه في وجود العيب فيتحتم الفصل والحكم بالفسخ من قبل القضاء. هذا وإن الفسخ بالتراضي يعتبر فسخاً بالنسبة للعاقدين وبيعاً بالنسبة للغير فيثبت فيه حق الشفعة. أما الفسخ بقضاء القاضي، أو الفسخ قبل القبض، فإنه فسخ بالنسبة للعاقدين وغيرهما، فلا يثبت فيه حق الشفعة.

هذا، ويلاحظ هنا أن المتملك، المشتري مثلاً، لا يستطيع إمساك المعقود عليه والاحتفاظ به وإلزام البائع بتنقيص الثمن بسبب العيب، إلا إذا رضي البائع بذلك فيكون ذلك حطاً لجزء من الثمن. ويعللون ذلك بأن العيب نقص في أوصاف المبيع، والأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لأنها تابعة فلا يلزم البائع بنقص الثمن إذا فات شيء منها. ولأنه لو ألزم بذلك لكان فيه ضرر على البائع بإخراج ملكه بثمن لم يرضه والضرر لا يجوز، وإن كان فيه إزالة ضرر عن المشتري لأن الضرر لا يزول بمثله. ولهذا كان الحكم إما فسخ العقد ورد المبيع إلى صاحبه واسترداد الثمن منه، وإما إمضاء العقد على حالته إلا إذا تراضيا على الحط من الثمن.

٤٦٢ ـ سقوط خيار العيب:

يسقط خيار العيب برضا من يثبت له هذا الخيار، صراحة كان هذا الرضا أو دلالة، فيصير العقد لازماً ولا يمكن فسخه إلا بتراضيهما. والرضا الصريح يتم بأي لفظ يدل عليه كقوله رضيت وأجزت والرضا دلالة مثل تصرفه به بالبيع والهبة مع التسليم. وكذلك يسقط بالإسقاط الصريح أو بما هو في حكم الصريح. وكذا بإبراء المتملك للمملك من العيب لأن الإبراء إسقاط وهو يملك الإسقاط لأن خيار العيب حقه فله أن يستمر فيه أو يسقطه.

ثانياً: إذا تعيب المعقود عليه بعيب جديد في يد من له الخيار، سواء أكان هذا العيب نقصاً في ذاته، أو نقصاً في قيمته. وكذلك هلاكه، أو إذا تغير تغيراً تاماً كما لو كان قمحاً فطحنه أو دقيقاً فعجنه.

ثالثاً: زيادة المعقود عليه في يد من له الخيار زيادة متصلة غير مولدة منه كصبغ الثوب، أو زيادة منفصلة متولدة منه كالولد واللبن والصوف من الحيوان، والثمر من الشجر، إذا ما حصلت هذه الزيادة بعد القبض. وإنما امتنع الرد وفسخ العقد في الصورة الأولى لأن الزيادة لا يمكن فصلها عن المعقود عليه، وفي الفسخ يراد محل العقد فقط وهذا لا يمكن فيمتنع الفسخ. وفي الصورة الثانية إن كان رد المعقود عليه عند فسخ العقد مع الزيادة، كانت هذه الزيادة بدون عوض وهذا لا يجوز. وإن أبقاها المتملك له كانت بدون عوض أيضاً وهذا لا يجوز.

٤٦٣ ـ الرجوع بنقصان العيب[١]:

إذا امتنع فسخ العقد ورد المعقود عليه، بسقوط خيار العيب، فإن المتملك في بعض الحالات يستحق الرجوع على المملك بنقصان العيب. فيكون له هذا الرجوع إذا هلك المعقود عليه، أو تعيب بغير فعله سواء كان بعد علمه بالعيب أو قبله. وكذلك إذا تعيب بفعله كما لو كان قماشاً فقطعه ليخيطه ثوباً. أو استهلكه كما لو كان طعاماً فأكله، بشرط أن لا يكون التعيب والاستهلاك بعد علمه بالعيب، فإن كان عالماً بالعيب ثم عيبه أو استهلكه فلا حق له برجوع النقصان. وكذلك يرجع بالنقصان في حالة الزيادة المانعة من الفسخ ورد المعقود عليه، على النحو الذي بيناه.

ولا يكون للمتملك الرجوع بالنقصان إذا تصرف في المعقود عليه بما يخرجه من ملكه ولا عند رضاه بالعيب.

وتقدير نقصان العيب يكون بتقويم المعقود عليه سليماً من العيب وقت العقد

---

(١) منهاج الصالحين للمجتهد السيد محسن الحكيم ج٢ ص ٣٢، الأستاذ علي الخفيف، المرجع السابق، ص ١٣٦.

ومعيباً وقته ثم يؤخذ الفرق بين القيمتين وينسب إلى قيمته سليماً، وبقدر هذه النسبة ينقص الثمن، وبه يرجع إلى المملك. فلو قوم المعقود عليه بـ ١٠٠٠ دينار ومعيباً بـ ٨٠٠ دينار فالفرق ٢٠٠ دينار، ونسبة هذا الفرق إلى الألف تساوي الخمس، فإذا كان المعقود عليه بـ٦٠٠ دينار رجع على المملك بخمسها أي بـ١٢٠ ديناراً.

٤٦٤ ـ وراثة خيار العيب:

وخيار العيب يورث، فإذا مات من له هذا الخيار قبل أن يختار فسخ العقد أو إمضاءه قام وارثه مقامه في ذلك، ولا خلاف في هذا بين الفقهاء، إلا أن الحنفية يقولون إن هذا الحق يثبت للوارث ابتداء، وغيرهم يقولون يثبت للوارث بحكم الوراثة لأنه حق مالي، ولا يترتب على هذا الخلاف نتيجة عملية[1].

(١) نفس المرجع السابق.

الفصل السابع

مدى سلطان الإرادة في إنشاء العقود والشروط

٤٦٥ ـ تمهيد:

عرفنا مما تقدم أن العقود وسائر التصرفات القولية تنشأ بإرادة العاقدين فإذا ما تم العقد ترتبت عليه آثاره الشرعية. ولكن ثبوت هذه الآثار يكون بحكم الشارع، أي: إن الإرادة هي التي تنشئ العقد، ثم إن الشارع هو الذي يرتب على كل عقد آثاراً معينة. ولهذا يقول الفقهاء: إن العقود أسباب جعلية شرعية. أي إن الشارع هو الذي جعل العقود أسباباً مفضية إلى آثارها، ولولا هذا الجعل من الشارع لما كانت هذه العقود أسباباً لآثارها. وفي هذا المعنى يقول الإمام ابن تيمية: «إن الإحكام الثابتة بأفعالنا كالملك الثابت بالبيع، وملك البضع الثابت بالنكاح، نحن أحدثنا أسباب تلك الأحكام، والشارع أثبت الحكم لثبوت سببه منّا، لم نثبته ابتداء»[1]. وهذا المعنى لا يختلف فيه الفقهاء من حيث الجملة، ولكنهم يختلفون فيما وراء ذلك. يختلفون في مدى حرية الإنسان في إنشاء العقود والشروط المتصلة بها. ذلك أن الشارع نص على بعض العقود، وجعلها أسباباً مفضية لآثارها كما قلنا، فهل يعتبر هذا التنصيص على بعض العقود مانعاً من إنشاء غيرها من العقود؟ ثم إن آثار العقود عينها وحددها الشارع بالنسبة لكل عقد، والشروط من شأنها أن تزيد أو تنقص من هذه الآثار لمصلحة هذا العاقد أو ذاك[2]، فهل يملك العاقد تعديل هذه الآثار بما يشترطه من شروط؟، أم لا يستطيع هذا باعتبار أن تحديد الشارع لهذه الآثار يعني وجوب ترتيبها وعدم إمكان تغييرها أو تعديلها بإرادة الإنسان؟ هذا ما

---

(١) فتاوى ابن تيمية، ج٣ ص ٣٣٥.

(٢) مثل أن يبيع الإنسان سيارة لآخر ويشترط عليه أن يستعملها لمدة أسبوع.

اختلف فيه الفقهاء، فمنهم المقيدون الذين يريدون النص الصريح على إباحة العقد أو الشرط ليقولوا بالجواز، ومنهم الموسعون الذين لا يشترطون النص الصريح على الإباحة، بل يكتفون بعدم وجود النص على تحريم العقد أو الشرط ليقولوا بالجواز، ومنهم المتوسطون الذين بين هؤلاء وأولئك. ونعرض فيما يلي هذه الآراء بشيء من الإيجاز.

٤٦٦ ـ أولاً: رأي المضيقين:

وهؤلاء يقيدون إرادة الإنسان ويغلونها ويضيقون عليها المجال في باب العقود والشروط. لأن الأصل الذي أصلوه هو: تحريم كل عقد أو شرط إلا ما ورد الشرع بإجازته. وهؤلاء فقهاء المذهب الظاهري، «فلم يصححوا عقداً ولا شرطاً إلا ما ثبت جوازه بنص أو إجماع، وإذا لم يثبت جوازه أبطلوه»[1]. فإرادة الإنسان، على هذا الرأي، لا تنشئ من العقود والشروط إلا ما نص الشارع على إباحته، أما ما وراء ذلك فهي لا تملك إنشاءه، وإن فعلته كان باطلاً.

٤٦٧ ـ أدلة هذا الرأي:

استدل أهل الظاهر بجملة أدلة، منها:

أ ـ إنشاء العقود والشروط التي لم يشرعها الإسلام تكون من باب التعدي لحدود الله والزيادة في دينه، وهذا لا يجوز لأن الله يقول: ﴿وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ﴾ [البقرة: ٢٢٩] وقال: ﴿ٱلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ﴾ [المائدة: ٣][2].

ب ـ دلت السنة على المنع من إنشاء أي عقد أو شرط لم يرد الشرع بجوازه، من ذلك الحديث: «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد». ومن يعقد عقداً أو شرطاً لم يرد به النص الشرعي يكون خارجاً عن أمر الشرع فيكون باطلاً[3]. وفي حديث آخر: «ما بال أناس يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله تعالى، من اشترط

---

(١) فتاوى ابن تيمية ج٣ ص ٣٢٣.

(٢) فتاوى ابن تيمية ج٣ ص ٣٢٦.

(٣) الأحكام في أصول الأحكام ج٥ ص ٣٢.

شرطاً ليس في كتاب الله فليس له وإن اشترط مئة شرط، شرط الله تعالى أحق وأوثق»[1]. فهذا الحديث صريح في تأييد ما ذهبنا إليه، فكل شرط لم يرد به نص في الكتاب أو في السنة أو في إجماع لدلالة الكتاب والسنة على حجية الإجماع فهو شرط باطل لا يجوز اشتراطه، وتقصر عنه إرادة الإنسان[2].

٤٦٨ ـ ثانياً: رأي الموسعين:

وأصحاب هذا الرأي فريق من الحنابلة وعلى رأسهم الإمام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم. وهؤلاء يطلقون إرادة الإنسان في العقود والشروط ويعطونه حرية واسعة في هذا الباب، ولا يقيدونه ولا يضيقون عليه المجال كما يفعل أهل الظاهر. ذلك، أن الأصل عند الموسعين في العقود والشروط الصحة والجواز، فلا يحرم ويبطل منها إلا ما دل على تحريمه وإبطاله نص في الكتاب أو في السنة أو إجماع صحيح أو قياس معتبر[3]. فهؤلاء يختلفون مع أصحاب الرأي الأول اختلافاً أساسياً، فلا يشترطون النص على إباحة العقد أو الشرط كما يشترط المضيقون، وإنما يشترطون فقط أن لا يوجد نص بتحريم هذا العقد أو الشرط، فإن لم يوجد مثل هذا النص المحرم كان للإنسان مطلق الحرية في إنشاء ما يريد من عقود أو شروط. وعلى هذا الأساس لا يجوز الشرط على أن الولاء لغير المعتق لمخالفة هذا الشرط للحديث الصحيح الذي جاء فيه: «الولاء لمن أعتق»[4]. ولا يجوز الجمع بين صفقتين في عقد واحد كإجراء عقد القرض بشرط أن يشتري المقترض من المقرض هذا الشيء[5]. ولا يجوز البيع بشرط التسليف[6] ونحو ذلك مما ورد في النص بالنهي

(١) تيسير الوصول ج١ ص ٦٥. (٢) فتاوى ابن تيمية ج٣ ص ٣٢٥.

(٣) فتاوى ابن تيمية ج٣ ص ٣٢٩ وما بعدها، ونظرية العقد لابن تيمية ص ١٥ ـ ١٦.

(٤) تيسير الوصول ج١ ص ٦٥.

(٥) كشاف القناع ج٣ ص ٦٤.

(٦) جاء في تيسير الوصول إلى جامع الأصول من حديث الرسول ج١ ص ٦٣: «وعن مالك رحمه الله، أنه بلغه أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع وسلف. أخرجه مالك، وقال: وتفسير ذلك أن يقول الرجل للرجل: آخذ سلعتك بكذا وكذا على أن تسلفني كذا وكذا، فإن عقدا بيعهما على هذا فهو غير جائز».

عنه. وما عدا هذا يجوز للعاقد اشتراطه، كأن تشترط المرأة على زوجها في عقد النكاح أن لا يخرجها من بلدها أو أن لا يتزوج عليها. فإذا أخل بالشرط كان لها أن تفسخ عقد النكاح. وكذا يجوز للبائع أن يشترط انتفاعه بالمبيع مدة معينة كسكنى الدار المبيعة لمدة سنة.

وهذا الرأي ـ رأي الموسعين ـ هو الأرجح للأدلة التي ساقوها لتأييد رأيهم، والتي نذكر أهمها في الفقرة التالية:

٤٦٩ ـ أدلة رأي الموسعين:

أ ـ قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ١] ﴿وَأَوۡفُواْ بِٱلۡعَهۡدِۖ إِنَّ ٱلۡعَهۡدَ كَانَ مَسۡـُٔولٗا﴾ ﴿وَأَوۡفُواْ بِعَهۡدِ ٱللَّهِ إِذَا عَٰهَدتُّمۡ وَلَا تَنقُضُواْ ٱلۡأَيۡمَٰنَ بَعۡدَ تَوۡكِيدِهَا . . .﴾ فقد أمر الله تعالى بالوفاء بالعقود وهذا عام، وكذلك أمرنا بالوفاء بعهد الله وبالعهد وقد دخل في ذلك ما عقده المرء على نفسه وإن لم يكن الله قد أمر بنفس ذلك المعهود عليه قبل العهد كالنذر والبيع، إنما أمر بالوفاء به. والسنة نهت عن الغدر وعدم الوفاء بالعهد، من ذلك الحديث الذي عدد خصال المنافق ومنها: «إذا عاهد غدر». وفي الحديث: «أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج» فدل هذا الحديث عن استحقاق الشروط الوفاء وأن شروط النكاح أحق بالوفاء من غيرها. وفي حديث آخر: «ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حراً ثم أكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يعطه أجره». فهذا الحديث فيه ذم للغادر، فيدخل في مضمونه كل من شرط شرطاً ولم يف به. ومن هذا كله يتضح أن الكتاب والسنة يأمران بالوفاء بالعهود والشروط والمواثيق والعقود وينهيان عن نقضها وعدم الوفاء بها. فلو كان الأصل في العقود والشروط الحظر والحرمة إلا ما أباحه الشارع، لم يجز أن يأمر بالوفاء بها مطلقاً ويذم من نقضها وغدر بها مطلقاً. وهذا واضح، فكما أن قتل النفس لما كان الأصل فيه التحريم إلا ما أباحه الشارع أو أوجبه لم يجز أن يأمر بقتل النفوس ويحمل على القدر المباح، بخلاف ما كان جنسه واجباً فإنه يأمر به مطلقاً وإن كان منه ما لا يجوز لتخلف بعض شروطه، كالصلاة مثلاً يؤمر بها مطلقاً وإن كان ينهى

عنها إذا كانت بغير طهارة. وكذا الصدق يؤمر به وإن كان يحرم أحياناً لمانع فيجب السكوت أو التعريض. وعلى هذا إذا جاء الكتاب والسنة والأمر بالوفاء بالعقود والشروط كان معنى ذلك أن الأصل صحة العقود والشروط(١).

ب ـ وفي الحديث عن النبي ﷺ: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً، والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً»(٢). فالمشترط ليس له أن يبيح ما حرمه الله ولا يحرم ما أباحه الله ولا يسقط ما أوجبه الله، وإنما له أن يوجب بالشرط ما لم يكن واجباً بدون الشرط. فالغرض من الشرط وجوب ما لم يكن واجباً ولا حراماً. ولا يعني هذا أن المقصود من الشرط إبطال حكم الشرع ومناقضته لأن عدم الإيجاب ليس نفياً للإيجاب حتى يكون المشترط مناقضاً للشرع.

ج ـ والحديث الذي فيه: «من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل.. إلخ». فهذا البطلان إنما يكون إذا خالف ذلك الشرط كتاب الله وشرطه بأن يكون المشروط مما حرمه الله تعالى، وأما إذا لم يكن المشروط مما حرمه الله فلم يخالف كتاب الله وشرطه حتى يقال كتاب الله أحق وشرط الله أوثق. فيكون إذن معنى الحديث: من اشترط أمراً ليس في حكم الله أو في كتابه بواسطة أو بغير واسطة فهو باطل؛ لأنه لا بد أن يكون المشروط مما يباح فعله بدون الشرط حتى يصح اشتراطه ويجب بالشرط. أوجب الوفاء بالشروط عموماً، ووجوب الوفاء به يقتضي أن تكون مباحة إلا إذا قام الدليل الخاص على تحريم شرط معين. فيكون اشتراطه ما لم يحرمه الشارع بخصوصه مباحاً بعموم الكتاب فيكون هذا الشرط في كتاب الله بهذا الاعتبار، فلا يكون اشتراطه مخالفاً للكتاب.

---

(١) فتاوى ابن تيمية ج٣ ص ٣٢٩ وما بعدها.

(٢) هذا الحديث ضعيف، ولكنه روي من طرق متعددة يقوي بعضها بعضاً، انظر نيل الأوطار للشوكاني ج٥ ص ٢٥٥ ويمكن الاستدلال أيضاً بالحديث الذي جاء فيه أن النبي ﷺ اشترى من جابر جملاً، واستثنى حملانه إلى المدينة أي الحمل عليه إلى المدينة: نيل الأوطار ج٥ ص ١٧٨.

د ـ العقود والشروط من الأفعال العادية، والأصل فيها التحريم حتى يدل دليل على التحريم، وإذا لم تكن حراماً كانت مباحة.

هـ ـ ليس في الشرع ما يدل على تحريم جنس العقود والشروط إلا ما ثبت بعينه، بل في الشرع ما يدل على عكس هذا كما بينا.

و ـ العقود في المعاملات من العادات يفعلها المسلم وغير المسلم، فليست هي من العبادات التي تحتاج إلى شرع خاص بها.

ز ـ الأصل في العقود التراضي، قال تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النِّساء: ٢٩] فلم يشترط في التجارة إلا التراضي وذلك يقتضي أن التراضي هو المبيح للتجارة، فإذا كان الأمر كذلك، فإذا تراضى المتعاقدان ثبت حل ما تراضيا عليه إلا أن يتضمن ما حرمه الله ورسوله كالتجارة في الخمر ونحو ذلك.

٤٧٠ ـ ثالثاً: رأي المتوسطين:

وهؤلاء يتوسطون بين الرأي الأول والثاني، فلا يشترطون لإباحة العقد والشرط ورود نص خاص بالإباحة كما اشترط أصحاب الرأي الأول، ولا يجعلون الأصل في العقود والشروط الإباحة كما ذهب أصحاب الرأي الثاني، بل يميلون إلى أن الأصل فيها التحريم واستثنوا بعضها ولكنهم توسعوا في الاستثناء[1]. ومن أصحاب هذا الرأي الحنفية، ولهم في الشروط وما يصح منها وما يبطل تقسيم مضبوط نرى من الخير ذكره إجمالاً. فالشرط عندهم إما أن يكون صحيحاً أو فاسداً أو باطلاً[2] وفيما يلي تعريف بكل نوع.

أ ـ الشرط الصحيح:

وهو ما كان موافقاً لمقتضى العقد كما لو شرط البائع على المشتري أن يسلمه الثمن قبل أن يسلمه المبيع. أو كان الشرط مؤكداً لمقتضى العقد كاشتراط البائع أن

---

(١) محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص ٢٩٥.

(٢) الدكتور محمد يوسف موسى، المرجع السابق، ص ٤٢٠ وما بعدها.

يقدم المشتري كفيلاً بالثمن عند تأجيله. أو كان الشرط مأذوناً فيه من قبل الشرع وهو ما ورد به نص خاص، كشرط الخيار، واشتراط خيار الرؤية. أو كان الشرط مما جرى به العرف مثل اشتراط المشتري على البائع تعهد إصلاح ما اشتراه مدة معينة إذا جرى العرف بذلك كما لو اشترى ساعة أو سيارة وكان العرف يقضي باعتبار هذا الشرط[1].

ب ـ الشرط الفاسد:

هو ما لم يكن واحداً من أنواع الشرط الصحيح التي مر ذكرها، وكان فيه منفعة لأحد العاقدين كمن يبيع داره ويشترط على المشتري سكناها مدة سنة. وهذا الشرط الفاسد يفسد عقود المعاوضات المالية كالبيع والإجارة، ويكون لغواً في العقود الأخرى كالتبرعات والتوثيقات والزواج فلا يفسدها. والعلة في هذا التفريق أن المعاوضات يقصد بها التعادل بين الطرفين ولهذا يشترط كل منهما ما يراه من الشروط محققاً لهذا المقصود، فإذا فات الشرط اختل التعادل المقصود فيفوت الرضا بالعقد، والرضا أساس صحة العقد فيفسد. أما في العقود الأخرى فليس فيها معاوضة مالية تستلزم التعادل حتى نخشى فوات هذا التعادل إذا ألغينا الشرط وصححنا العقد.

ج ـ الشرط الباطل:

هو ما ليس فيه من أوصاف الشرط الصحيح، وليس فيه منفعة لأحد المتعاقدين، كمن يبيع داره ويشترط على المشتري أن لا يسكنها، أو يبيع أرضه ويشترط على المشتري أن لا يزرعها. وحكم هذا الشرط أنه لغو فيسقط وحده ويبقى العقد صحيحاً.



(١) واعتبار الأحناف العرف دليلاً شرعياً ما لم يكن مخالفاً لنص الشارع، وتصحيح الشروط بناء على ذلك جعلهم يوسعون كثيراً على العاقد فيما يشترطه من شروط وما يعقده من عقود.

الباب الثالث
في الجرائم والعقوبات

٤٧١ ـ تمهيد:

القانون الجنائي هو القانون الذي يبين الجرائم المعاقب عليها وقدر هذه العقوبة. فهو يحدد علاقة الفرد بالدولة من ناحية الأفعال المنهي عنها والتي إذا ارتكبها الفرد اعتبر خارجاً عن المجتمع مستحقاً العقاب[١]. وهذا القانون يعتبر من فروع القانون العام[٢]. وفي الشريعة الإسلامية أحكام خاصة بالجرائم والعقوبات تكون ما يمكن تسميته بالقانون الجنائي الإسلامي فهو إذن، في الاصطلاح القانوني من فروع القانون العام لا الخاصْ. ولا ينتقض قولنا هذا بأن عقوبة القصاص في الشريعة الإسلامية جعلت في القتل العمد من حق أولياء المجني عليه، مما يدل على أن القانون الجنائي الإسلامي من فروع القانون الخاص. لا يقال هذا، لأن القصاص وإن كان من حق الفرد إلا أن فيه حق الله، أي حق المجتمع، ولهذا نص بعض الفقهاء على أن أولياء المقتول إذا عفوا عن القاتل وتنازلوا عن حقهم في القصاص، فإن الدولة لها أن تعاقبه بالحبس ونحوه[٣]. وهذا مما يدل على أن الأحكام الجنائية في الشرع الإسلامي تنظم علاقة الأفراد بالدولة من جهة الأفعال المنهي عنها والعقوبات المقدرة لها. وهذا لا يمنع من أن يكون حق الفرد ـ في بعض الجرائم ـ هو الغالب، وفي البعض الآخر حق الله ـ أي حق المجتمع ـ هو الغالب، وللدولة في الحالتين أن تعاقب الجاني.

---

(١) أصول القانون للدكتور السنهوري والدكتور حشمت أبي ستيت ص ١٨٦ ـ ١٨٧.

(٢) شرح قانون العقوبات البغدادي ـ القسم العام ـ للدكتور مصطفى كامل ص ٤ ـ ٥، وأصول القانون للسنهوري ص ١٨٧.

(٣) تبصرة الحكام لابن فرحون المالكي ج٢ ص ٢٥٩.

٤٧٢ ـ تعريف الجريمة:

لم يرد في قانون العقوبات البغدادي تعريف للجريمة، وإنما اكتفى ببيان أنواع الجرائم. والواقع أن معظم القوانين الجنائية الحديثة، كالقانون المصري، لم تعرف الجريمة، ولكن بعض القانونيين يعرف الجريمة بأنها: «كل فعل أو امتناع عن فعل صادر من شخص ويقرر له القانون عقاباً جنائياً»[١].

وتعريف علماء الشريعة الإسلامية للجريمة يتلاقى مع تعريف القانون لها. فالجريمة، عند فقهاء الشريعة، هي «محظورات شرعية زجر الله عنها بحد أو تعزير»[٢]. والمقصود بالمحظورات الأمور الممنوعة، ويشترط فيها أن تكون ممنوعة من قبل الشريعة الإسلامية، فإن لم تكن محظورة من قبل الشرع الإسلامي لا تكون جرائم. كما أن المحظورات الشرعية يجب أن يكون لها عقاب في الشريعة الإسلامية حتى تعتبر جرائم شرعية. وعلى هذا يمكن أن يقال في تعريف الجريمة شرعاً: بأنها فعل أو ترك نصّت الشريعة الإسلامية على تحريمه والعقاب عليه[٣].

٤٧٣ ـ أساس اعتبار الفعل جريمة:

وأساس اعتبار الفعل أو الترك جريمة في الشريعة الإسلامية يرجع إلى ما في هذا الفعل أو الترك من ضرر بالمجتمع يتمثل بتهديد سلامته وأمنه واستقراره ونظامه وعقيدته، وضرر بالأفراد يتمثل بالاعتداء على مصالح الأفراد التي تحرص الشريعة على إيجادها والمحافظة عليها. وهذه المصالح هي المتعلقة بالدين والنفس والعقل والنسل والعرض والمال. وجميع الجرائم الشرعية بلا استثناء فيها اعتداء على مصالح الأفراد، وإضرار للمجتمع. والقوانين الوضعية وإن اتفقت مع الشريعة، من حيث الجملة، على أن أساس اعتبار الفعل جريمة هو ما في هذا الفعل من إضرار بمصالح الأفراد والمجتمع، إلا أنها تختلف مع الشريعة في نطاق هذا الأساس ومدى اتساعه والأفكار التي وراء هذا الأساس. فالشريعة، مثلاً، تهتم بالدين

(١) الدكتور مصطفى كامل، المرجع السابق، ص ٣٥ ـ ٣٦.

(٢) الماوردي ص ١٢٧.

(٣) التشريع الجنائي الإسلامي للمرحوم عبد القادر عودة ج١ ص ٦٦.

والأخلاق والعرض، وحياطة العقل مما يفسده. وعلى هذا الأساس، كان فيها عقوبة الردة على جريمة الارتداد عن الدين، وعقوبة الزنا، وعقوبة شارب الخمر، ولا وجود لمثل هذه العقوبات في القوانين الجنائية الوضعية(١).

وعلى هذا إذا وجدنا اختلافات بين الشريعة والقوانين الوضعية فيما يعتبر من الأفعال جريمة أو لا يعتبر فإنما مرده إلى مدى اعتبار هذا الفعل ضاراً بمصالح الأفراد والمجتمع وإلى تقدير هذه المصالح وتقييمها في ضوء الأفكار والقيم في كل من الشريعة والقوانين الوضعية.

٤٧٤ ـ أساس تشريع العقاب والغرض منه:

تحرص الشريعة الإسلامية على حمل الناس على طاعة أوامرها ونواهيها طاعة اختيارية تنبعث من أعماق النفس. وتعتمد الشريعة في تحقيق هذه الطاعة الاختيارية على إيقاظ الشعور الديني في النفوس وإثارة معاني الإيمان في القلوب وتذكير الإنسان باليوم الآخر: ﴿يَوْمَ تَجِدُ كُلُّ نَفْسٍ مَّا عَمِلَتْ مِنْ خَيْرٍ مُّحْضَرًا وَمَا عَمِلَتْ مِن سُوٓءٍ تَوَدُّ لَوْ أَنَّ بَيْنَهَا وَبَيْنَهُۥٓ أَمَدًۢا بَعِيدًا﴾ [آل عمران: ٣٠]، وبيان ما في أوامرها ونواهيها من خير ومصلحة للناس في العاجل والآجل... ولكن هذا كله لا يكفي لحمل الناس جميعاً على طاعة أوامرها ونواهيها، لأنهم ليسوا سواء في يقظة الضمير الديني وعمق الإيمان واستحضار اليوم الآخر.. كما أن من الناس ناساً تغلب عليهم نوازع الشر والهوى والشهوة والأثرة وجر المنافع ولو على حساب الإضرار بالآخرين.. ومن أجل هذا كله كان من اللازم اقتران المحظورات الشرعية بعقوبات دنيوية من شأنها أن تخيف من يريد الشر وترهب من تسول له نفسه ارتكاب الجرائم فتردعه عن اقترافها وتمنعه من الاقتراب منها. فالعقوبة، كرادع عن الجريمة، تجد سندها في غريزة الخوف عند الإنسان وفيما جبل عليه من حرص على كف الأذى عن نفسه. وعلى هذا، إذا رأى الإنسان في الجريمة نفعاً له وهم بارتكابها فإن شبح العقاب المرعب يردعه عنها ترجيحاً لدفع أذى العقاب على ما

---

(١) أما عقوبة الزنا في القوانين الوضعية، ومنها قانون العقوبات البغدادي، فهي مقصورة على حالة معينة سنذكرها فيما بعد.

يتصوره من منفعة له في الإجرام.. وحتى إذا طوعت له نفسه ارتكاب الجريمة فإن إيقاع العقاب عليه يمنعه من العود إليها، كما يزجر الآخرين عن ارتكابها لئلا يصيبهم ما أصابه.. ولهذا يقول بعض الفقهاء في عقوبات الحدود: «إنها موانع قبل الفعل، زواجر بعده»[1]، أي إن العقوبات تمنع - عادة - من ارتكاب الجريمة، وإيقاعها بعد ارتكابها يمنع من العود إليها. فإذا ما انفكت النفوس عن الجرائم حفظت مصالح الأفراد المتعلقة بالدين والنفس والعقل والنسل والعرض والمال، وحفظت مصالح المجتمع وأمن الاختلال ونعم بالهدوء وبالاستقرار. وهذا هو الغرض الأول من تشريع العقاب، وعلى أساسه جاءت العقوبة بقدر الجريمة ﴿وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٖ سَيِّئَةٞ مِّثۡلُهَاۖ﴾ [الشورى: ٤٠] وعلى نحو تكفي للردع والزجر.

والغرض الثاني للعقوبات الشرعية إصلاح المجرم نفسه وتقويم اعوجاجه، وقد أشار بعض الفقهاء إلى هذا الغرض. فالإمام الماوردي يقول وهو يتكلم عن عقوبات التعزير: «إنه - أي التعزير - يوافق الحدود من وجه وهو أنه تأديب واستصلاح وزجر يختلف بحسب اختلاف الذنب»[2]. فالعقوبات الشرعية، إذن، تهدف، أيضاً، إلى علاج المجرم وإصلاحه. فهي من هذه الناحية من قبيل الرحمة بهم والإحسان إليهم. وفي هذا يقول ابن تيمية: «العقوبات الشرعية إنما شرعت رحمة من الله تعالى بعباده، فهي صادرة عن رحمة الله بالخلق وإرادة الإحسان إليهم. ولهذا ينبغي لمن يعاقب الناس على ذنوبهم أن يقصد بذلك الإحسان إليهم والرحمة بهم كما يقصد الوالد تأديب ولده، وكما يقصد الطبيب معالجة مريضه»[3]. ومن الواضح أن الطبيب يعالج مريضه بالدواء الذي يشفيه لا بالدواء الذي يشتهيه.. وإذا كان البعض يرى في بعض العقوبات الشرعية قسوة وشدة، فهذا لا يمنع من صلاح هذه العقوبات وقبولها، كما لا يمنع من قبول الدواء الشافي كونه مراً مؤلماً.. وحيث أن من أغراض العقوبة الشرعية إصلاح المجرم حسب الإمكان، فقد

---

(١) فتح القدير ج٤ ص ١١٤.

(٢) الأحكام السلطانية ص ٢١٤.

(٣) الاختيارات لابن تيمية ص ١٧١.

جاءت مبرأة من معاني الانتقام.. ومن مظاهر هذه البراءة منع الشريعة من المثلة عند الاقتصاص من القاتل. فقد جاء في الحديث الصحيح أن النبي ﷺ نهى عن المثلة[١]. وحصر المسؤولية الجنائية بالجاني وحده دون غيره من قريب أو صديق، قال تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [الأنعام: ١٦٤]».

ويخلص لنا مما تقدم أن العقوبة قامت على أساس ما في النفس من غريزة الخوف مما يؤذي، ولغرض رعاية مصالح الأفراد والمجتمع وإصلاح المجرم جهد الإمكان. وبناء على ذلك جعلت الشريعة العقوبة بقدر الجريمة، وكافية للردع والزجر، وخالية من معاني الظلم والانتقام. والعقوبات في القوانين الوضعية لا تبلغ مبلغ العقوبات الشرعية في حمايتها مصالح الأفراد والمجتمع وإصلاح الجاني، ولا مدى قدرتها على الردع والزجر، والواقع خير شاهد على ما نقول، فالجرائم في ظل العقوبات الوضعية في ازدياد، والمجرمون يكثرون ولا ينقصون.

٤٧٥ ـ أنواع الجرائم:

الجرائم على اختلاف أنواعها يجمعها جامع واحد هو أنها محظورات شرعية معاقب عليها. وقد قسمها الفقهاء إلى ثلاثة أقسام بالنظر إلى نوع عقوبتها. وهذه الأقسام هي: جرائم الحدود، وجرائم القصاص والديات، وجرائم التعزير[٢].

٤٧٦ ـ أولاً: جرائم الحدود:

وهي الزنا، والقذف، وشرب الخمر، والسرقة، والحرابة، أي قطع الطريق، والردة[٣].

والحد في اللغة المنع، ومنه سمي البواب حداداً لمنعه الناس من الدخول. وفي

---

(١) تيسير الوصول إلى جامع الأصول، لابن الديبع الشيباني ج٤ ص ٧٦.

(٢) وقانون العقوبات البغدادي قسم الجرائم إلى ثلاثة أقسام: جنايات، وجنح، ومخالفات. وحدد كل قسم على أساس نوع العقوبة ومقدارها، انظر المواد من ٦ ـ ٨ من هذا القانون. وكذلك فعل قانون العقوبات المصري، انظر المواد من ١٠ ـ ١٢ من هذا القانون.

(٣) التشريع الجنائي الإسلامي للمرحوم عبد القادر عودة ج١ ص ٧٩ وانظر البدائع للكاساني ج٧ ص ٣٣، وحاشية ابن عابدين ج٢ ص ١٩٣.

الاصطلاح الشرعي عقوبة مقدرة وجبت حقاً لله تعالى[1]. ومعنى أنها مقدرة أي أن الشارع هو الذي قدرها لم يترك لغيره تحديدها. ومعنى أنها وجبت حقاً لله تعالى، أي أن هذه العقوبة وجبت لمصالح عموم الناس ولدفع الضرر والفساد عنهم. فكل جريمة يرجع ضررها وفسادها إلى العامة ومنفعة عقوبتها تعود إليهم، فإن العقاب المقرر لها يكون حقاً لله تعالى تأكيداً لدفع الفساد والضرر عنهم وتحقيقاً للنفع لهم، ولإعلام المخاطبين بلزوم إقامة هذه العقوبة وعدم التفريط بها وضرورة رعايتها لأن ما يضاف إلى الله باعتباره حقاً له يستلزم هذه الرعاية والعناية. وبهذا المعنى لكلمة الحد لا يعتبر القصاص حداً لأنه حق العبد لا حق الله، وكذلك لا يسمى التعزير حداً لعدم تقديره من قبل الشرع ابتداء[2]. إلا أن بعض الفقهاء يفسر معنى الحد بأنه العقوبة المقدرة من قبل الشارع بغض النظر عن كونها وجبت حقاً لله أو العبد. وعلى التفسير يسمى القصاص حداً أيضاً[3].

ونتكلم فيما يلي عن جرائم الحدود بإيجاز للتعريف بها وبعقوباتها:

أ ـ الزنا:

وهي جريمة قبيحة من جرائم الاعتداء على الأعراض، وقد ورد النص الصريح بتحريمها، فقد جاء في القرآن الكريم: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَىٰ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾ [الإسراء: ٣٢]. وعرفها الفقهاء بأنها: «كل وطء وقع على غير نكاح ولا شبهة نكاح ولا ملك يمين»[4]. عقوبة هذه الجريمة الجلد، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: ٢]. ولا خلاف بين الفقهاء في

---

(١) الكاساني ج٧ ص ٣٣، وحاشية ابن عابدين ج٢ ص ١٩٣.

(٢) السياسة الشرعية لابن تيمية ص ٦٦، والكاساني ج٧ ص٥٦.

(٣) الماوردي، ص ٢١٣ ـ ٢١٥، الأحكام السلطانية لأبي يعلى الحنبلي ص ٢٤٤ ـ ٢٤٧، فتح القدير ج٤ ص ١١٣.

(٤) بداية المجتهد ج٢ ص ٣٦٢، وانظر تعريفات أخرى للزنا في البدائع للكاساني ج٧ ص ٣٣، وللماوردي ص ٢١٥.

وجوب هذه العقوبة على الزاني إذا لم يكن محصناً[١]. أما إذا كان محصناً فعقوبته الرجم حتى الموت، وقد ثبتت هذه العقوبة بالسنة النبوية[٢]. وقانون العقوبات المصري، لم يعتبر كل وطء محرم زنا يعاقب عليه، وإنما اعتبره زنا إذا حصل من أحد الزوجين، ولا يعاقب عليه إلا إذا حرك الدعوى الجنائية الزوج الآخر. أما فيما عدا هذه الحالة فلا يعتبره زنا وإنما يعتبره وقاعاً أو هتك عرض. ولا يعاقب على الوقاع أو هتك العرض إذا وقع بالتراضي وإنما يعاقب عليه إذا وقع بإكراه أو إذا كان رضا المفعول به معيباً بأن كان دون الثامنة عشرة من عمره[٣]. وقانون العقوبات البغدادي سلك مسلك القانون المصري[٤].

وأساس الاختلاف بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، ومنها القانونين المصري والعراقي، هو أن هذه القوانين تعتبر الزنا من المسائل الشخصية التي لا تمس مصلحة الجماعة، فما دامت هذه الجريمة قد تمت بالتراضي فإن القانون لا يهتم بها ولا يعتبرها جريمة إلا إذا كان أحد طرفي الجريمة زوجاً فإنه يعاقب على هذه الجريمة في هذه الحالة لحق الزوج الآخر وبشرط تحريك الدعوى من قبله. أما الشريعة الإسلامية فإنها تعتبر الزنا بجميع أنواعه من الجرائم المضرة بمصلحة الجماعة لأنها اعتداء على كيان الأسرة التي هي أساس المجتمع، ولهذا اعتبرت العقاب فيها لحق الله، أي لحق المجتمع. ومسلك الشريعة أقوم وأسد، فليس من المقبول اعتبار جريمة الزنا من المسالك الشخصية التي لا علاقة لها بالمجتمع، لأنها تؤثر في كيان الأسرة وتهزها هزاً عنيفاً وتفكك روابطها وتلوث النسل وتعتدي على الأعراض. وعلى أساس نظرة الشريعة لهذه الجريمة جاءت العقوبة مؤثرة كافية للردع والزجر.

---

(١) المبسوط ج٩ ص ٣٦، المغني ج٨ ص ١٦٦ ـ ١٦٧.
(٢) بداية المجتهد ج٢ ص ٣٦٣، البحر الزخار ج٥ ص ١٤٠ ـ ١٤١.
(٣) المواد ٢٦٧ ـ ٢٧٩ من قانون العقوبات المصري. وانظر التشريع الجنائي الإسلامي للمرحوم عبد القادر عودة ج٢ ص ٣٤٦.
(٤) المواد من ٢٣٢ ـ ٢٤٠. من قانون العقوبات البغدادي.

٤٧٨ ـ ب ـ القذف:

القذف شرعاً الرمي بالزنا، أي نسبة الشخص إلى الزنا بشروط معينة[١]. وهو محرم بنص القرآن ويجب الحد وهو ثمانون جلدة إذا ما توافرت شروط الجريمة، قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ [النور: ٤]. ولا وجود لهذه العقوبة في قانون العقوبات البغدادي ولا في قانون العقوبات المصري، وإنما فيهما النص على جريمة القذف وهي أوسع مدلولاً من جريمة القذف في الشريعة، إذ أنها تشتمل على إسناد أمور لو كانت صادقة لأوجبت عقاب من أسندت إليه، ويشترط أن تتم بطرق معينة، وعقوبتها تكون بالحبس[٢].

٤٧٩ ـ ج ـ شرب الخمر:

وهي جريمة في نظر الشريعة الإسلامية لإفسادها للعقل، وما يترتب على ذلك من ضياع المال وارتكاب الجرائم. وقد حرمت الشريعة الإسلامية الخمر ففي القرآن الكريم: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [المائدة: ٩٠]. وفي السنة النبوية: «كل مسكر خمر، وكل خمر حرام». وعقوبة هذه الجريمة ثبتت بالسنة وهي جلد الشارب أربعين جلدة، ويجوز الزيادة عليها إلى الثمانين باعتبار أن هذه الزيادة تعزير يجوز للإمام فعله[٣].

٤٨٠ ـ د ـ السرقة:

السرقة في الاصطلاح الشرعي أخذ مال الغير ظلماً من غير تأويل ولا شبهة[٤]. وهي محرمة بالنص وعقوبتها قطع اليد إذا توافرت شروط الجريمة. قال تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ [المائدة: ٣٨].

---

(١) الدر المختار ج٣ ص ٢٣٠، الكاساني ج٢ ص ٤٠، المغني ج٨ ص ٢٧٥.

(٢) المادة ٣٠٦ من قانون العقوبات المصري، والمادة ٢٥٢ من قانون العقوبات البغدادي.

(٣) المغني ج١٠ ص ٣٢٩، وفتح القدير ج٤ ص١٨٥.

(٤) العناية على الهداية ج٤ ص ٢١٩، بداية المجتهد ج٢ ص ٣٧٢، الروض النضير ج٤ ص ٢٢٨.

وقد نص كل من قانون العقوبات البغدادي والمصري على جريمة السرقة[١] وجعل العقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة أو الحبس، حسب الأحوال وظروف الجريمة وتعدد الجناة وانفرادهم[٢].

٤٨١ ـ هـ ـ قطع الطريق:

وهذه الجريمة من الجرائم الخطيرة لما فيها من المجاهرة بالإجرام وترويع الناس وأخذ أموالهم بالقوة والقهر، وما يترتب على ذلك كله من إخلال خطير بأمن الدولة[٣]. وقد عرف الفقهاء هذه الجريمة بأنها الخروج على المارة لأخذ المال مجاهرة بالقوة والقهر على وجه يمتنع الناس عن المرور وينقطع الطريق، سواء أكان مرتكب هذه الجريمة فرداً أو أكثر، بسلاح أو بغيره، وسموا مرتكب هذه الجريمة بالمحارب[٤]. وقد نص القرآن الكريم على تحريم هذه الجريمة وبين عقوبتها. قال تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسْعَوْنَ فِى ٱلْأَرْضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوٓاْ أَوْ يُصَلَّبُوٓاْ أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم مِّنْ خِلَٰفٍ أَوْ يُنفَوْاْ مِنَ ٱلْأَرْضِ ۚ ذَٰلِكَ لَهُمْ خِزْىٌ فِى ٱلدُّنْيَا ۖ وَلَهُمْ فِى ٱلْءَاخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴿٣٣﴾ إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ مِن قَبْلِ أَن تَقْدِرُواْ عَلَيْهِمْ ۖ فَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [المائدة: ٣٣ ـ ٣٤]. وعقوبة قاطع الطريق أن يقتل أو يصلب إذا قتل وأخذ المال. ويقتل بلا صلب إذا قتل ولم يأخذ مالاً. وتقطع يده ورجله من خلاف إذا أخذ المال ولم يقتل. وينفى من الأرض إذا أخاف السبيل فقط فلم يقتل ولم يأخذ مالاً[٥]. والمراد بالنفي حبس الجاني في غير بلده[٦].

---

(١) المادة ٣١١ من قانون العقوبات المصري، والمادة ٢٥٨ من قانون العقوبات البغدادي.

(٢) المواد ٣٢٥ ـ ٣٢٧، ٣٣٦ ـ ٣٤٣ من قانون العقوبات المصري والمواد ٢٧٠ ـ ٢٧٤، ٢٧٧ ـ ٢٧٩ من قانون العقوبات البغدادي.

(٣) تقابل هذه الجريمة، الجريمة المنصوص عليها في المادة ٢٦٠ من قانون العقوبات البغدادي، والمادة ٣١٥ من قانون العقوبات المصري.

(٤) شرح الخرشي ج٨ ص ١٠٤، الكاساني ج٧ ص ٩١ ـ ٩٢.

(٥) السياسة الشرعية لابن تيمية ص ٨٢ ـ ٨٣، المغني ج٨ ص ٢٨٨، الكاساني ج٧ ص ٩٣، فتح القدير ج٧ ص ٢٦٨، بداية المجتهد ج٢ ص ٣٨٠، شرح الخرشي ج٨ ص ١٠٥ ـ ١٠٦.

(٦) بداية المجتهد ج٢ ص ٣٨٠، السياسة الشرعية لابن تيمية ص ٨٣.

٤٨٢ ـ و ـ الردة:

المرتد في اللغة: الراجع مطلقاً، وفي الشرع الراجع عن دين الإسلام[١]. والردة قد تكون باللفظ بأن يجري المسلم على لسانه كلمة الكفر باختياره[٢]. وتكون الردة أيضاً بالأفعال كأن يأتي المسلم فعلاً يدل على استخفافه بالدين كالصلاة بلا وضوء عمداً، وإلقاء القرآن الكريم في قذر عمداً[٣]. وحكم المرتد إمهاله ثلاثة أيام وعرض الإسلام عليه لعله يرجع عن ردته، فإن أبى قتل[٤]. فعقوبة المرتد قتله إذا أصر على الردة، وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «من بدل دينه فاقتلوه»، وعليه إجماع الصحابة[٥]. وهذه العقوبة لا نظير لها في القوانين العقابية الوضعية، وقد بينا حكمتها وسبب هذه العقوبة باعتباره إخلالاً بالتزام المسلم واستخفافه بنظام الدولة التي اتخذت الإسلام أساساً لكيانها ونظامها[٦].

٤٨٣ ـ ثانياً: جرائم القصاص والديات:

وهذه هي جرائم الاعتداء على النفس بإزهاقها أي جرائم القتل، أو على ما دون النفس كالجروح وقطع الأطراف. ويسمي الفقهاء هذه الجرائم بالجنايات على النفس أو على ما دون النفس[٧]. وعقوبة هذه الجرائم إما القصاص، وإما الدية.

أ ـ القصاص: ويجب في القتل العمد لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى ...﴾ [البقرة: ١٧٨]. ولقول النبي ﷺ: «العمد قود»[٨]. ويجب

---

(١) حاشية ابن عابدين، رد المحتار، ج٣ ص ٣٩٦.
(٢) الفتاوي الهندية ج٢ ص ٢٥٣، المغني ج٨ ص ١٢٣.
(٣) رد المحتار ج٣ ص ٣٩٢، شرح الأزهار ج٤ ص ٥٧٦ ـ ٥٧٧، شرح النيل ج١٠ ص ٤٢٥.
(٤) المغني ج٨ ص ١٢٣ ـ ١٢٥، الفتاوى الهندية ج٢ ص ٢٥٧.
(٥) بداية المجتهد ج٢ ص ٣٨٣، الجصاص ج٢ ص ٢٨٦، نيل الأوطار ج٧ ص ٩٨ ـ ١٠٠، التعزير للدكتور عبد العزيز عامر ص ١٧.
(٦) انظر ص٤٥ من هذه المذكرات.
(٧) الكاساني ج٧ ص ٢٣٣.
(٨) سنن أبي داود ج٦ ص ٣٣٤، وسنن النسائي ج٨ ص ٤٠ وسنن ابن ماجه ج٢ ص ١٤٠.

القصاص أيضاً في الجرائم على ما دون النفس إذا توافرت شروطه ومنها أن تكون هذه الجرائم عمدية ويمكن إجراء القصاص. وإنما يمكن إجراء القصاص إذا تحققت المماثلة بين محل الجريمة وبين ما يقابلها في الجاني المراد الاقتصاص منه في هذه المحل، مع إمكان استيفاء هذا المثل[1]. وثبت بالقصاص فيما دون النفس بالكتاب والسنة[2].

ب ـ الدية: اسم للمال الذي هو بدل النفس[3]، أي التعويض المالي الذي يجب دفعه إلى أهل المقتول. أما التعويض الواجب دفعه إلى المجني عليه في جرائم الاعتداء على ما دون النفس كالجرح فإن هذا التعويض سمى «الأرش»[4]. وقد يطلق اسم الدية على الأرش أيضاً فيقال دية اليد كذا، وبهذا الإطلاق عرف بعض الفقهاء الدية بأنها المال الواجب بالجناية على نفس أو طرف، أي على ما دون النفس[5]. هذا، والدية في باب القتل أي دية النفس مقدرة في الشريعة الإسلامية، ويختلف مقدارها باختلاف نوع المال. فهي إذا كان القتيل حراً مسلماً ـ من الإبل مئة ومن الذهب ألف دينار، ومن الفضة عشرة آلاف درهم، ومن البقر مئتا بقرة، ومن الغنم ألفا شاة[6]. وأما الأرش فمنه ما قدرته الشريعة وهو الأرش المقدر، كما في قطع اليد إذ أن أرشها هو نصف الدية في النفس، وفي كسر السن قدر الأرش بنصف عشر الدية. أما الأرش غير المقدر فيكون في بعض الجرائم على ما دون النفس ويقدره القاضي حسب قاعدة معينة[7].

---

(١) الكاساني ج٧ ص ٢٩٧، رد المحتار ج٥ ص ٤٨٥.
(٢) تفسير القرطبي ج٦ ص ١٩١ وما بعدها، المغني ج٧ ٧٠٢ وما بعدها.
(٣) رد المحتار ج٥ ص ٥٠٤.
(٤) اللباب شرح الكتاب للميداني ج٢ ص ٤٤.
(٥) حاشية سعدي جلبي على الهداية والعناية ج٨ ص ٣٠٠.
(٦) الكاساني ج٧ ص ٢٥٤ ورد المحتار ج٥ ص ٥٠٤ ـ ٥٠٥ ويراجع أيضاً المحلى ج١٠ ص ٧٥٩، وسفينة النجاة ج٢ ص ١٠١ الروض النضير ج٤ ص ٢٤٨، بداية المجتهد ج٢ ص ٣٤٤.
(٧) المغني ج ٨ ص ٥٧ ـ ٥٨، شرح الخرشي ج٨ ص ٣٤، المختصر النافع ص ٣٢٥.

٤٨٤ ـ والذي عليه العمل في العراق الآن في جرائم القتل العمد، إعدام الجاني في بعض الحالات، فقد نص قانون العقوبات البغدادي على عقوبة الإعدام في جرائم القتل العمد مع سبق الإصرار، وفي القتل العمد بدون سبق إصرار في حالات معينة[1]. أما الديات فقد استعيض عنها بنظام التعويض. والتعويض بمعناه الخاص هو ما يقابل الضرر مقدراً بالنقود. وقد نص القانون المدني العراقي على إلزام القاتل أو الجارح بالتعويض عما أحدثه من ضرر للآخرين بسبب جريمته. كما نص أيضاً على من يستحق التعويض وشروطه وما تلاحظه المحكمة عند تقريرها هذا التعويض[2]. وما قلناه عن المطبق في العراق بالنسبة لجرائم الاعتداء على النفس وعلى ما دون النفس والعقوبات المقررة لها ونظام التعويض المأخوذ به، يقال أيضاً عما هو مطبق في جمهورية مصر العربية[3].

٤٨٥ ـ ثالثاً: جرائم التعزير:

التعزير، لغة: التأديب. وشرعاً: تأديب على أفعال نهت الشريعة عنها ولم تشرع لها عقاباً محدداً[4]. فجرائم التعزير، إذن، محظورات شرعية ليس لها عقوبة مقدرة من قبل الشارع، مثل الخلوة بالمرأة الأجنبية، وأكل الربا والقذف بغير الزنا، والشتم والسباب، والتطفيف في الكيل والميزان ونحو ذلك[5].

والإمام، هو الذي يقدر عقوبة التعزير، ولهذا قال الفقهاء: إن من الفروق بين الحد والتعزير أن الحد مقدر والتعزير مفوض إلى رأي الإمام[6]. والإمام، أو نائبه،

---

(١) المواد ٢١٢، ٢١٣، ٢١٤، من قانون العقوبات البغدادي.

(٢) المواد ٢٠٢، ٢٠٣، ٢٠٥، ٢٠٧، ٢٠٩، من القانون المدني العراقي.

(٣) المادتان ٢٣٠، ٢٣٤ من قانون العقوبات المصري، والمواد ١٧٠، ١٧٠، ٢٢٢، من القانون المدني المصري.

(٤) تبصرة الحكام لابن فرحون المالكي ج٢ ص ٢٥٨، والماوردي ص ٢٢٧، أبو يعلى الحنبلي ص ٢٦٣.

(٥) السياسة الشرعية لابن تيمية ص ١١٩ ـ ١٢٠، رد المحتار ج٣ ص ٢٥١.

(٦) رد المحتار ج٣ ص ٢٤٥.

كالقاضي، في تقديره عقوبة التعزير لا يصدر عن هوى وإنما يلاحظ جسامة الجريمة وظروفها ومقدار ضررها وحال الجاني من كونه من ذوي المروآت ولم يرتكب من قبل جريمة، أو كونه من ذوي السوابق والإجرام. كما يلاحظ ما به يتم ردع وانزجار الجاني وعدم عوده إلى مثل فعله في المستقبل[١]. ونظام التعزير في العقوبات مما انفردت به الشريعة الإسلامية. وهناك اتجاه في الوقت الحاضر عند بعض كبار علماء القانون الجنائي إلى ترك تحديد العقوبة، نوعاً ومقداراً، إلى اجتهاد القاضي وتقديره حتى تكون العقوبة محققة للغرض من تشريعها[٢].

٤٨٦ ـ سريان القانون الجنائي الإسلامي من حيث المكان:

المبدأ المأخوذ به في القوانين الجنائية الحديثة هو مبدأ إقليمية القانون الجنائي. وهذا المبدأ له شقان: الأول أن القانون الجنائي في دولة ما يطبق في إقليمها فقط فيحكم كل ما يقع على إقليمها من جرائم أياً كانت جنسية مرتكبيها. والشق الثاني لهذا المبدأ هو أن القانون الجنائي لا يمتد إلى خارج إقليم الدولة، فلا سلطان له على ما يقع هناك من جرائم. ولكن ترد على هذا المبدأ بشقيه استثناءات تعطل تطبيقه داخل الإقليم أو تمتد من سلطانه إلى خارج هذا الإقليم[٣]. وقد أخذ كل من القانون الجنائي العراقي والمصري بهذا المبدأ[٤].

٤٨٧ ـ والقانون الجنائي الإسلامي في أصله قانون عالمي لأنه جزء من الشريعة الإسلامية، وهي بطبيعتها شريعة عالمية لا إقليمية تطبق على الناس كافة في جميع بقاع الأرض، وهم مخاطبون بأحكامها. ولكن لعدم ولاية وسلطان دار الإسلام ـ

---

(١) السياسة الشرعية لابن تيمية ص ١٢٠، تبصرة الحكام لابن فرحون.

(٢) التشريع الجنائي الإسلامي للمرحوم عبد القادر عودة ج١ ص ١٥٩.

(٣) شرح قانون العقوبات العراقي ـ القسم العام ـ للدكتور مصطفى كامل ص ٩٥ ـ ٩٦، وشرح قانون العقوبات المصري ـ القسم العام ـ للدكتور محمود محمود مصطفى ص ٥٨.

(٤) الفقرة الثانية من المادة الثانية من قانون العقوبات البغدادي: «تسري أحكام هذا القانون على كل من يرتكب في العراق أية جريمة تدخل ضمن نطاق أحكامه». وانظر المادة الأولى من قانون العقوبات المصري رقم ٨ لسنة ١٩٥٧.

الدولة الإسلامية ـ على ما سوى إقليمها فقد تعذر تطبيقها في خارج إقليمها. وعلى هذا فالشريعة الإسلامية ـ ومنها القانون الجنائي ـ من حيث الناحية النظرية العلمية شريعة عالمية ومن حيث الوقائع والضرورات العملية شريعة إقليمية. وفي هذا يقول الإمام أبو يوسف: «ولأن الأصل في الشرائع هو العموم في حق الناس كافة إلا أنه تعذر تنفيذها في دار الحرب لعدم الولاية وأمكن في دار الإسلام فلزم التنفيذ فيها»(١). فالقانون الجنائي الإسلامي، إذن، قانون إقليمي من حيث الوقائع فينطبق على جميع الجرائم التي تقع في دار الإسلام بغض النظر عن جنسية مرتكبيها أو ديانتهم، وهذه هي القاعدة العامة(٢)، إلا أن في بعض جزئياتها اختلافاً قليلاً بين الفقهاء بالنسبة للذميين، واختلافاً أكثر بالنسبة إلى المستأمنين(٣). وقد استثنى جمهور الفقهاء الآخرون إلى غير ما ذهب إليه الجمهور في هذه المسألة، فعند الظاهرية تجب عقوبة شرب الخمر على شاربها مسلماً كان أو غير مسلم(٤). وعند الجعفرية يعاقب غير المسلم بالعقوبة المقررة إذا تظاهر بشرب الخمر(٥). وعند الزيدية يُحدُّ شارب الخمر إذا سكر لتحريم السكر عليهم(٦) وهذا القول هو الراجح لأن الخمر مفسدة للعقول، وفي الإنجيل ما يدل على تحريم السكر فقد جاء فيه: «أما تعلمون أن الظالمين لا يرثون ملكوت الله.. ولا السكيرون»(٧).

---

(١) الكاساني ج٧ ص ٣١١.

(٢) شرح السير الكبير ج١ ص ٢٠٧، وج٤ ص ١٠٨، المبسوط ج٣ ص ١٢١، الأم للشافعي ج٦ ص ٤٠، المحلى لابن حزم ج٩ ص ٤٢٥، الخلاف للطوسي ج٣ ص ٢٤٢، اختلاف الفقهاء للطبري ص ٥٤، البحر الزخار ج٥ ص ١٤٨ ، التشريع الجنائي الإسلامي للمرحوم عبد القادر عودة ج١ ص ٢٨٥.

(٣) كتابنا أحكام الذميين والمستأمنين ص ٢٢٥ وما بعدها.

(٤) المحلى ج١١ ص ٣٧٢.

(٥) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ج٢، الفصل الرابع، كتاب الحدود، سفينة النجاة ج٢ ص ٧٢.

(٦) شرح الأزهار ج٤ ص ٣٦١.

(٧) إنجيل يوحنا، الإصحاح السادس، مطبعة الآباء الدومنكين في الموصل، سنة ١٨٩٩، الطبعة الثانية، ص ٤٨٤.

٤٨٨ ـ سريان القانون الجنائي الإسلامي خارج دار الإسلام:

ذهب جمهور الفقهاء إلى سريان القانون الجنائي الإسلامي خارج دار الإسلام بالنسبة لرعاية الدولة الإسلامية، فإذا زنى أحدهم هناك ثم رجع إلى دار الإسلام فأقر بزناه أمام القاضي المسلم أقام عليه الحد. والحجة لما ذهب إليه الجمهور، إن المسلم بإسلامه التزم أحكام الإسلام فلا يفارقه هذا الالتزام أينما كان وأنى ذهب، وإن الذمي التزم بعقد الذمة أحكام الإسلام فلا يفارقه هذا الالتزام أيضاً إلا إذا نقض العهد، وإنه إذا تعذر تنفيذ العقوبة على المسلم والذمي في خارج الدولة الإسلامية فإن التنفيذ ممكن في دار الإسلام إذا رجعا إليها[١]. هذا، وإن قانون العقوبات البغدادي نص على سريان أحكامه إلى خارج العراق، فتطبق على العراقيين إذا ارتكبوا جرائم ضد سلامة الدولة العراقية وعملتها أو طوابعها أو سنداتها المالية[٢]. كما نص على حالات أخرى يطبق فيها هذا القانون على العراقيين إذا ارتكبوا جريمة خارج العراق[٣]. وكذلك نص قانون العقوبات المصري على بعض الحالات التي يطبق فيها القانون المصري على رعايا جمهورية مصر العربية في الخارج إذا ارتكبوا بعض الجرائم التي نص عليها هذا القانون[٤].

(١) فتح القدير ج٤ ص ١٥٢، المغني ص ٢١٩، المهذب ج٢ ص ٢٥٨، المدونة الكبرى ج٤ ص ٣٨٤، المحلى لابن حزم ج١٠ ص ٣٦٠، البحر الزخار ج٥ ص ٤٩، التشريع الجنائي الإسلامي للمرحوم عبد القادر عودة ج١ ص ٢٩٧.

(٢) الفقرة (ب) من المادة الثانية من قانون العقوبات البغدادي.

(٣) الفقرة (د) من المادة الثانية من قانون العقوبات البغدادي.

(٤) المادة الثانية من قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٥٧ وتعديلاته والمادة الثالثة منه.

الباب الرابع
الشريعة الإسلامية والقانون الدولي العام[(١)]

تمهيد:

٤٨٩ ـ الإنسان مدني بالطبع، قولٌ ذكره العلامة ابن خلدون في مقدمته، وقوله حق يؤيده الواقع، وتقضي به طبيعة الإنسان، فالإنسان يولد في المجتمع ويعيش فيه ويموت فيه، وتصور إنسان خارج المجتمع ضرب من ضروب الوهم والخيال لا حقيقة له في الخارج.

والمجتمع البشري وإن كان واحداً من حيث الأصل إلا أنه متعدد من حيث السكن والإقليم، فقد انقسم البشر إلى مجموعات استقرت كل مجموعة في إقليم لأسباب متعددة مكونة وحدة اجتماعية ما لبثت أن انقلبت إلى تنظيم سياسي على نحو ما هو الذي نسميه (الدولة).

وهذه المجموعات البشرية أو الدول لا يمكنها العيش بعزلة تامة عن الأخرى، كما لا يمكن للإنسان أن يعيش بمعزل عن الأناس الآخرين.

ولهذا نشأت وتنشأ علاقات بين الدول كضرورة من ضرورات الحياة المشتركة التي يخضع لها البشر كأفراد وجماعات.. وهذه العلاقات لا يمكن أن تكون فوضى بلا ضابط لأن ذلك يعود بالضرر الجسيم على الجميع، ولهذا خضعت وتخضع هذه العلاقات لقواعد تنظمها على نحو ما وتلتزم بها الدول أو بعضها على الأقل

(١) قدم هذا البحث إلى الحلقة الثالثة للبحوث في القانون والعلوم السياسية المنعقدة في بغداد في الفترة من ٤ ـ ٩ كانون الثاني ١٩٦٩ من قبل المجلس الأعلى لرعاية الفنون والآداب والعلوم الاجتماعية في الجمهورية العربية المتحدة بالاشتراك مع جامعة بغداد.

في علاقاتها مع الأخرى. هذه القواعد هي التي كونت وتكون القانون الدولي العام ويقوم عليها بناؤه وصرحه.

تعريفه:

٤٩٠ ـ وقد عرّف هذا القانون بعض فقهائه بأنه (مجموعة القواعد التي تحدد حقوق الدول وواجباتها في علاقاتها المتبادلة) وعرّفه آخرون بأنه (مجموعة القواعد التي تنظم حقوق الدول وواجباتها وحقوق وواجبات غير الدول من أشخاص هذا القانون)[1] وهناك تعاريف أخرى لهذا القانون وهي تلتقي في شيء واحد هو افتراضها وجود دول تقوم بينها علاقات وأن هذه العلاقات وما يترتب عليها من حقوق وواجبات تنظمها قواعد معينة هي قواعد هذا القانون.

موضوع البحث:

٤٩١ ـ فهل يوجد مثل هذه القواعد التي يتكون منها هذا القانون في الشريعة الإسلامية أم لا؟ وإذا كان الجواب بالإيجاب فما هي طبيعته وخصائصه وسماته ومعالمه؟ ثم ما موقف الشريعة الإسلامية من القانون الدولي العام القائم فعلاً في الوقت الحاضر بين الدول؟ هذا ما نتناوله في بحثنا هذا بقدر ما يتسع له المقام تاركين التفصيلات والجزئيات إلا ما كان منها لازماً لإبراز ما يجب إبرازه وإظهاره.

المقصود بالشريعة الإسلامية:

٤٩٢ ـ وقبل البدء بالكلام عن هذا الموضوع لا بدّ من تحديد المقصود بالشريعة الإسلامية. أن الشريعة الإسلامية بمعناها الاصطلاحي الدقيق ليست إلا نصوص القرآن الكريم والسنّة النبوية المطهرة وما تضمنته من أحكام صريحة، فلا يدخل في مفهومها هذا آراء الفقهاء والأحكام الاجتهادية التي استمدوها من فهمهم لنصوص الشريعة التي لا تكون أحكامها صريحة قطعية، ولا التي استمدوها ويستمدونها من مصادر الأحكام التي أرشدت إليها هذه النصوص، فهذه الأحكام والآراء تدخل في مفهوم الفقه الإسلامي، وهو بلا شك قائم على نصوص الشريعة وهو واجب أو سائغ الاتباع ولا

---

(١) القانون الدولي العام للدكتور محمود جنينه ط٢ ص ٩.

تجوز مخالفته إلا بدليل يرجح الأخذ بهذا الرأي دون ذلك. وقد جرى عرف الكتاب والباحثين المحدثين على عدم التقيد بهذا المعنى الدقيق للشريعة، فنراهم يطلقون اسم الشريعة الإسلامية ويريدون بها ما هو أعم من معناها الدقيق، فهم يريدون بها الأحكام القطعية التي وردت بها نصوص القرآن والسنّة والأحكام الاجتهادية التي قالها الفقهاء سواء منها المجمع عليها والمختلف فيها، والتي تحتمل الأخذ والرد والخطأ والصواب، أي يدخلون في مفهوم الشريعة الفقه الإسلامي ومعظمه كما هو معروف أحكام اجتهادية. وإطلاق اسم الشريعة بهذا المعنى جائز وسائغ ما دام المعنى المراد من هذا الإطلاق معروف، وهو ما نجري عليه في بحثنا هذا.

هل يوجد في الشريعة قانون دولي عام؟

٤٩٣ ـ والآن، وبعد الذي قدمناه بين يدي البحث، نتساءل هل يوجد في الشريعة الإسلامية قانون دولي عام؟

الجواب على هذا السؤال سلباً وإيجاباً يتوقف على مدى اعتراف الشريعة الإسلامية بوجود ما يفترض وجوده للقانون الدولي العام وهو وجود دول وعلاقات فيما بينها، وقواعد تنظم هذه العلاقات، وهذا كله يتبين من ذكر الحقائق التالية:

الحقيقة الأولى:

٤٩٤ ـ الشريعة الإسلامية تأمر بإقامة دولة إسلامية، وأدلة ذلك كثيرة منها:

الدليل الأول: ورد في الشريعة أحكام ومبادئ تتعلق بموضوع الدولة ونظامها وشؤونها، مثل مبدأ الشورى، ومسؤولية الحكام، وكيفية اختيار رئيس الدولة، وحقوقه وواجباته. وفي السُّنة تتكرر ألفاظ الأمير، والإمام والسلطان، وهذه الألفاظ الشرعية تعني من بيدهم الحكم والسلطان أي رئيس الدولة أو الحكومة، والحكومة عنصر مهم من عناصر الدولة كما هو معروف. وهذه النصوص المتعلقة بشؤون الحكم واجبة التطبيق والتنفيذ، لأنها ما نزل بها الوحي لتقرأ وتنبذ ولكن لتقرأ وتُنفذ وتنفيذها يعني إقامة دولة حسب المناهج والأحكام التي جاءت بها الشريعة الإسلامية.

الدليل الثاني: في الشريعة أحكام لا يمكن تنفيذها بدون دولة، مثل أحكام العقوبات، ووجوب الحكم بين الناس بما أنزل الله، والقيام بفرض الجهاد الإسلامي وغير ذلك من الأحكام التي تنفذها الدولة بما لها من سلطان على الأفراد، ولا يمكن تنفيذها من قبلهم بصفتهم الفردية، وفي هذا المعنى يقول الفقيه الكبير ابن تيمية رحمه الله: «إن ولاية أمر الناس أعظم واجبات الدين، بل لا قيام بالدين إلا بها، ولأن الله تعالى أوجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ونصرة المظلوم وكذلك سائر ما أوجبه من الجهاد والعدل وإقامة الحدود لا تتم إلا بالقوة والإمارة»(١).

الدليل الثالث: كل إنسان مطالب بعبادة الله وحده، قال تعالى: ﴿وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ﴾ [الذاريات: ٥٦]، والمقصود بالعبادة المطالب بها الإنسان هو أن يجعل أقواله وأفعاله وتصرفاته وسلوكه وعلاقاته مع الناس وفق المناهج والأوضاع التي جاءت بها الشريعة الإسلامية، يفعل ذلك طاعة لله واستسلاماً لأمره. ولا شك أن المسلم لا يمكن أن يصوغ حياته بهذه الكيفية إلا في ظل دولة تسهل عليه هذه الصياغة بأن تقيم مجتمعاً إسلامياً وتدير شؤونه وفق الإسلام، لأن بناء المجتمع على النمط الإسلامي لا يمكن أن يتم بالوعظ والإرشاد فقط وإنما بالدولة أيضاً لما لها من قوة وسلطان، قال تعالى: ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ وَأَنزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَلِيَعْلَمَ اللَّهُ مَن يَنصُرُهُ وَرُسُلَهُ بِالْغَيْبِ﴾ [الحديد: ٢٥]، والحديد هنا إشارة إلى القوة فمن لم تنفعه هداية الكتاب تمنعه قوة الدولة من الإفساد، وفي الأثر المشهور: «إنَّ الله ليزع بالسلطان ما لا يزع بالقرآن».

الدليل الرابع: ولما كانت الشريعة الإسلامية تأمر بإقامة دولة إسلامية فقد بدأ الرسول الكريم ﷺ بالتخطيط والإعداد لها منذ أن كان في مكة، ثم أقامها فعلاً في المدينة بعد أن هاجر إليها هو وأصحابه الكرام، وهكذا انبثقت أول دولة إسلامية في الأرض في تلك البلدة المباركة (المدينة) وكان أول رئيس لها هو رسول الله

---

(١) السياسة الشرعية لابن تيمية ص ١٧٢ ـ ١٧٣.

ﷺ، وما معاهدته مع اليهود في المدينة إلا مظهر من مظاهر السلطان السياسي الذي أخذ يباشره بصفته رئيساً للدولة الإسلامية الجديدة، فاجتمع في شخصه الكريم صفة الحاكم وصفة النبي .. وقد أدرك الفقهاء هذا المعنى. ولذلك نجدهم يقولون: إن ما صدر عن الرسول بصفته إماماً ـ أي رئيساً للدولة ـ لا يجوز فعله إلا من قبل رئيس الدولة أو بإذنه[١].

الدليل الخامس: يذكر الفقهاء جميعاً اصطلاح (دار الإسلام) ويريدون به ما نريده اليوم من إطلاق اسم (دولة إسلامية) وهذا يدل على أن قيام الدولة في الإسلام أمر مشهور وشائع لا خلاف فيه، ولكن خالفه بعض الكتاب المحدثين حيث أنكر أن تكون للإسلام علاقة بالحكم أو بالدولة فضلاً عن أمره بها، ولهذا ذكرت بعض الأدلة التي تنقض هذا الرأي الذي لم يقل أحد به من قبل[٢].

الحقيقة الثانية:

٤٩٥ ـ تعترف الشريعة الإسلامية، والدولة الإسلامية، بالدول غير الإسلامية اعترافاً واقعياً، ومن دلائل هذا الاعتراف أن النبي ﷺ قال لأصحابه وهو يشير عليهم بالهجرة إلى الحبشة تخلصاً من أذى قريش: «لو خرجتم إلى أرض الحبشة، فإن بها ملكاً لا يظلم عنده أحد»[٣]. وكذلك رسائله وكتبه إلى رؤساء الدول مثل كتبه إلى قيصر الروم وكسرى ملك الفرس والمقوقس حاكم مصر وغير هؤلاء من الأمراء والحكام في الجزيرة العربية وخارجها وهذا يدل على اعتراف الرسول بكيان هذه الدول والإمارات وإلا لما خاطب رؤساءها وملوكها، وكذلك عقد المعاهدات مع بعضها، وعقد المعاهدات معها يستلزم الاعتراف بوجودها.

الحقيقة الثالثة:

٤٩٦ ـ وجود علاقات فعلاً بين الدولة الإسلامية وغيرها من الدول، لأن وجود

---

(١) الفروق للقرافي ج١ ص ٢٠٧.
(٢) صاحب هذا الرأي علي عبد الرزاق في كتابه الإسلام وأصول الحكم.
(٣) سيرة ابن هشام ج١ ص ٣٤٣.

هذه العلاقات شيء طبيعي لازم لوجود الدول، وكون الدولة الإسلامية لا تعترف بالدول غير الإسلامية اعترافاً شرعياً ـ كما سنبينه فيما بعد ـ لا يمنع من الاعتراف بها كدولة موجودة فعلاً وتباشر سلطانها، وتنشأ بينهما وبين الدولة الإسلامية علاقات بحكم هذا الوجود وبحكم نظرة الشريعة الإسلامية لها وموقف دولتها منها ـ كما سنبينه فيما بعد ـ وهذه العلاقات لا بد لها من قواعد تنظمها على نحو ما وتلتزم بها الدول أو بعضها أو الدولة الإسلامية فقط في معاملاتها مع غيرها، وهذا ما وقع فعلاً، فقد وجدت مثل هذه القواعد في الشريعة الإسلامية، كما سنذكره فيما بعد.

الحقيقة الرابعة:

٤٩٧ ـ من صفات الشريعة الإسلامية وخصائصها الشمول، ونريد بهذه الخصيصة أن أحكامها ليست مقصورة على تنظيم علاقة الفرد بخالقه فقط وإنما هي تنظم جميع علاقات البشر كأفراد أو جماعات أو دول، ويكفي أن نرجع إلى القرآن لنجد فيه الآيات ذات الأحكام المنظمة لعلاقات الفرد وعلاقات الفرد بالدولة وعلاقات الدولة في السلم والحرب مثل أحكام المعاهدات والقتال وأسرى الحرب والغنائم وغير ذلك مما يدخل في نطاق ما يعالجه القانون الدولي العام، وكذلك الحال بالنسبة للسنة النبوية ففيها من هذه الأحكام الشيء الكثير..

وفي ضوء هذه الحقائق التي قدمناها نستطيع أن نقول بوثوق واطمئنان: **يوجد في الشريعة الإسلامية قانون دولي عام إسلامي.**

تعريفه:

٤٩٨ ـ ويمكننا تعريف القانون الدولي الإسلامي تعريفاً أولياً بأنه (مجموعة القواعد والأحكام في الشريعة الإسلامية التي تلتزم بها الدولة الإسلامية في علاقاتها مع الدول الأخرى).

خصائصه:

٤٩٩ ـ وفي ضوء هذا التعريف تتبين لنا بعض سمات هذا القانون الدولي

وخصائصه، فهو جزء من القانون الداخلي للدولة الإسلامية، وإرادتها هي أساس التزامها به، وأنه ينظم علاقاتها مع غيرها من الدول، فلا بد من توضيح هذه السمات أو الخصائص.

الخصيصة الأولى:

٥٠٠ ـ قلنا إنه جزء من القانون الداخلي للدولة الإسلامية، وهذه هي خصيصته الأولى. لأن القانون الداخلي للدولة الإسلامية هو الشريعة الإسلامية فقط ولا شيء غيرها، فهي التي تنظم جميع علاقاتها بغض النظر عن طبيعة هذه العلاقات وموضوعها وأوصاف أطرافها، فسواء كانت العلاقة بين أفراد أو بينهم وبينها، أو بينها وبين غيرها من الدول، وسواء كان موضوع العلاقة حقاً خاصاً أو عاماً، فإن هذه العلاقات جميعاً ينظمها قانونها الداخلي أي الشريعة الإسلامية، فمن البديهي أن تكون جميع علاقاتها مع الدول الأخرى محكومة بالقانون الإسلامي، وبكلمة أدق بذلك الجانب منه المتعلق بهذا النوع من العلاقات. ومن المفيد ذكره الآن أن عمل الدولة الإسلامية بالعرف الجاري بين الدول أو بالتزامها بأحكام المعاهدات التي تكون طرفاً فيها كل ذلك يعتبر من القانون الدولي الإسلامي باعتبار أن من قواعد الشريعة الإسلامية ـ وهي قانونها الداخلي ـ مراعاة العرف الصحيح والوفاء بالعهود والشروط كما سنبين ذلك فيما بعد.

هذا وإن الدولة الإسلامية لا تملك الخروج على ما يقرره قانونها الإسلامي وإلا فقدت صفتها الإسلامية، ولهذا يقول الفقهاء في تعريف دار الإسلام بأنها الدار التي تطبق أحكام الإسلام، وأن دار الحرب أي دار غير الإسلام[1] هي التي لا تطبق أحكام الإسلام ويترتب على هذه الخصيصة أن قواعد القانون الدولي الإسلامي، شأنها شأن قواعد أحكام المعاملات في الشريعة، قواعد قانونية بالمعنى الصحيح لها جزاؤها المقرر في الشريعة، وتطبقها محاكم الدولة على كل نزاع يدخل في نطاقها، ولا يفقد قانونيتها والتزام الدولة الإسلامية بها عدم اعتراف

---

(١) السير الكبير للإمام محمد بن الحسن الشيباني وشرحه للسرخسي ج٣ ص ٨١، شرح الأزهار في فقه الزيدية ج٥ ص ٥٧١ ـ ٥٧٢.

الدول الأخرى بها، لأنها من قانونها الداخلي، وقانون الدولة الداخلي لا يتوقف نفاذه والتزام دولته به على اعتراف الدول الأخرى به، كما أن عصيان أحكام الشريعة ومخالفتها من قبل الدول الأخرى لا يبرر للدولة الإسلامية مخالفة الشريعة، لأن مخالفتها معصية ولا متابعة ولا اقتداء بالعصيان.. ومن السوابق القديمة في تطبيق المحاكم الإسلامية للقانون الدولي الإسلامي قضية قتيبة بن مسلم الباهلي مع بعض أقاليم سمرقند، فقد اشتكى أهلها عند الخليفة العادل الفقيه عمر بن عبد العزيز رحمه ضد القائد المسلم قتيبة بحجة أنه فتح بلادهم ولم يخيرهم قبل الفتح بين الإسلام والجزية والقتال وهذا لا يجوز، فكتب الخليفة إلى قاضيه سليمان أن انظر في شكواهم واحكم فيها، فثبت لدى القاضي صدق الدعوى وأصدر حكمه بلزوم انسحاب جيش المسلمين من الإقليم الذي فتحوه، وانسحبوا فعلاً ثم جرى التخير بين الأمور الثلاث فاختاروا الجزية والعهد[1].

الخصيصة الثانية:

٥٠١ ـ وأساس التزام الدولة الإسلامية بالقانون الدولي الإسلامي هو إرادتها فقط، أي أن ما تلتزم به في تعاملها مع الدول الأخرى، هو ما تريده وترضى به فقط لا ما تطبقه الدول الأخرى[2]، ولا شك أن ما يجب أن تريده الدولة الإسلامية وتختاره وترضى به هو القانون الإسلامي أي الشريعة الإسلامية لأن حكمها فيما تريد وتختار هو حكم الأفراد المسلمين فيما يريدونه ويختارونه ويرضون به وهو الشرع الإسلامي، قال تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُۥٓ أَمْرًا أَن يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ ۗ وَمَن يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُۥ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَٰلًا مُّبِينًا﴾ [الأحزاب: ٣٦]. وقال تعالى: ﴿اتَّبِعُوا مَآ أُنزِلَ إِلَيْكُم مِّن رَّبِّكُمْ وَلَا تَتَّبِعُوا مِن دُونِهِۦٓ أَوْلِيَآءَ﴾ [الأعراف: ٣]، وعلى هذا فما يوجد عند الدول الأخرى من قواعد في موضوع العلاقات الدولية لا يلزم الدولة الإسلامية ولا يعتبر من قواعد قانونها الدولي إلا إذا أرادته ورضيت به صراحة، كما في المعاهدات، أو ضمناً كما في

(١) العلاقات الدولية في الإسلام لأستاذنا الشيخ محمد أبي زهرة ص ٣٢. وآثار الحرب في الفقه الإسلامي لزميلنا الدكتور وهبة الزحيلي ص ١٢٥.

(٢) دولة الإسلام والعالم للدكتور محمد حميد الله، ترجمة فتحي عثمان ص ١٤.

العرف. ومن البديهي أن إرادتها مقيدة بإرادة الله الدينية الشرعية أي الشريعة الإسلامية وأحكامها فلا تملك الخروج عليها، فإذا اختارت ورضيت بما هو خارج عن هذه الحدود كان رضاها باطلاً لا يلزمها بشيء حتى لو كان ما رضيت به مشروطاً عليها في معاهدة هي طرف فيها[1].

الخصيصة الثالثة:

٥٠٢ ـ والخصيصة الثالثة للقانون الدولي الإسلامي أنه ينظم علاقات الدولة الإسلامية مع غيرها من الدول غير الإسلامية، فهو في أصله وطبيعته ومنذ نشأته الأولى يتجه إلى هذه العلاقات لأن المفروض في دولة الإسلام أن تكون واحدة لا متعددة، وأن التعدد الذي آلت إليه الدولة الإسلامية أمر طارئ احتاج إلى تبريرات الفقهاء فيما بعد. ولا يهم لقيام هذه العلاقات وخضوعها للقانون الإسلامي كون الدول غير الإسلامية تدين بهذا الدين أو ذاك، ما دام أنها تدين بغير الإسلام كما لا يهم طبيعة نظامها وقانونها وكونها ملكية أو جمهورية، متقدمة أو متأخرة، كبيرة أو صغيرة من هذا الجنس أو ذاك، كل هذا لا يهم في نظر القانون الدولي الإسلامي لقيام علاقات للدولة الإسلامية معها وبالتالي خضوع هذه العلاقات لهذا القانون، أن الشرط الوحيد هو كون هذه الدول غير إسلامية، وأنها موجودة فعلاً.

وعلى هذا فإن نشأة القانون الإسلامي تخالف نشأة القانون الدولي العام الحاضر، فمن المعروف أن هذا القانون نشأ كقانون للدول المسيحية في غربي أوروبا فقط ثم ما لبث أن انضمت لهذه الدول المسيحية دول مسيحية أخرى، وظل هذا القانون قانوناً للدول المسيحية فقط لا ينظم غير علاقاتها ويرفض أن تستفيد من أحكامه أية دولة غير مسيحية إلى سنة ١٨٥٦ حيث قررت الدول الأوروبية بموجب معاهدة صلح باريس قبول تركية الدولة المسلمة في حظيرة العائلة الدولية والاعتراف لها بالأهلية والصلاحية للانضمام إلى مجموعة الدول التي ينظم علاقاتها القانون الدولي العام[2].

---

(١) المغني لابن قدامة الحنبلي ج٨ ص ٤٦٥.

(٢) القانون الدولي العام للدكتور محمود سامي جنينه ج٢ ص٣٥.

مصادر القانون الدولي الإسلامي:

٥٠٣ ـ مصادر القانون الدولي الإسلامي أصلية وهي القرآن والسنة النبوية، وتبعية وهي آراء الفقهاء، والعرف، والمعاهدات والسوابق القديمة في أعمال الخلفاء الراشدين، ونتكلم عن كل منها بإيجاز:

أولاً: القرآن الكريم:

٥٠٤ ـ القرآن الكريم هو المصدر الأول لجميع أحكام الشريعة الإسلامية، ومنها أحكام القانون الدولي العام الإسلامي، وهو مرجع هذه الأحكام من جهتين:

الأولى: دلالته على الأحكام الجزئية والقواعد والمبادئ العامة.

والثانية: دلالته على المصادر التبعية التي يمكن الرجوع إليها حيث لا نص في المسألة مثل دلالته على أن القياس مصدر معتبر وكذا المصلحة المرسلة ونحو ذلك.

فمن الأحكام الجزئية الخاصة بموضوع العلاقات الدولية أحكام أسرى الحرب، قال تعالى: ﴿فَإِذَا لَقِيتُمُ ٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ فَضَرْبَ ٱلرِّقَابِ حَتَّىٰٓ إِذَآ أَثْخَنتُمُوهُمْ فَشُدُّوا۟ ٱلْوَثَاقَ فَإِمَّا مَنًّۢا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَآءً حَتَّىٰ تَضَعَ ٱلْحَرْبُ أَوْزَارَهَا﴾ [محمد: ٤]. ومن المبادئ العامة أو القواعد العامة مبدأ العدالة، قال تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُ بِٱلْعَدْلِ وَٱلْإِحْسَٰنِ﴾ [النحل: ٩٠]. ومبدأ الوفاء بالعقود: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١].

ثانياً: السنة النبوية:

٥٠٥ ـ والمقصود بها ما صدر عن النبي غير القرآن من قول أو فعل أو تقرير، وهي المصدر الثاني للأحكام بعد القرآن الكريم وهي مثله في وجوب الاتباع قال تعالى: ﴿وَمَآ ءَاتَىٰكُمُ ٱلرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَىٰكُمْ عَنْهُ فَٱنتَهُوا۟﴾ [الحشر: ٧]. والسنة تبين أحكام القرآن ومن هذا البيان تفسير مجمله وتقييد مطلقه وتخصيص عامه. والسنة بعد هذا قد تأتي بأحكام لم ترد في القرآن لأنها وحي إلهي كالقرآن إلا أنها بالمعنى دون اللفظ بينما القرآن وحي بالمعنى واللفظ.

٥٠٦ ـ وفي السنة مقدار كبير من الأحكام والقواعد المتعلقة بموضوع القانون الدولي العام الإسلامي، كما أننا نجد سوابق مهمة جداً تتعلق بهذا الموضوع في

معاهدات النبي ﷺ التي عقدها مع اليهود وقريش وأهل نجران وغيرهم، وفي كتبه ورسائله إلى رؤساء الدول، وفي أوامره لأمراء الجيش والبلدان، ففي هذه السوابق نجد الدليل على النهج المباح سلوكه من قبل الدولة الإسلامية عند عقدها المعاهدات مع غيرها من الدول وما يجوز لها أن تلتزم به وما لا يجوز مراعية في ذلك مصلحتها وظروفها، كما ترينا هذه المعاهدات المرونة التي يسع الدولة الإسلامية التحلي بها عند التفاوض وقبول الشروط حسب أوضاعها وظروفها. ومن المفيد هنا أن نذكر معاهدته ﷺ مع قريش وهي معاهدة الحديبية كما ذكرها ابن هشام في سيرته قال، بعد أن ذكر مقدمات المعاهدة والمفاوضات الأولية بشأنها مع ممثل قريش سهيل بن عمرو..

(.. ثم دعا رسول الله ﷺ علي بن أبي طالب رضوان الله عليه فقال: اكتب بسم الله الرحمن الرحيم، فقال سهيل: لا أعرف هذا، ولكن اكتب باسمك اللهم. فقال رسول الله ﷺ: اكتب باسمك اللهم فكتبها، ثم قال: اكتب هذا ما صالح عليه محمد رسول الله سهيل بن عمرو، فقال سهيل: لو شهدت أنك رسول الله لم أقاتلك، ولكن اكتب هذا ما صالح عليه محمد بن عبد الله سهيل بن عمرو، اصطلحا على وضع الحرب عن الناس عشر سنين يأمن فيهن الناس، ويكف بعضهم عن بعض، على أنه من أتى محمداً من قريش بغير إذن وليه رده عليهم، ومن جاء قريش ممن مع محمد لم يردّوه عليه وأن بيننا عيبة مكفوفة (أي يكف بعضنا عن بعض) وأنه لا إسلال ولا إغلال (أي لا سرقة خفيةً ولا خيانة) وأنه من أحب أن يدخل في عقد محمد وعهده دخل فيه، ومن أحب أن يدخل في عقد قريش وعهدهم دخل فيه، وأنك ترجع عنا عامك هذا فلا تدخل علينا مكة، وأنه إذا كان عام قابل خرجنا عنها فدخلتها بأصحابك فأقمت بها ثلاثاً معك سلاح الراكب، السيوف في القرب لا تدخلها بغيرها) قال ابن هشام وفي أثناء كتابة الكتاب جاء أبو جندل بن سهيل بن عمرو في الحديد قد انفلت إلى رسول الله ﷺ، فلما رأى سهيل أبا جندل قام إليه فضرب وجهه وأخذ بتلبيبه، ثم قال: يا محمد قد لجت القضية (أي انقضت وانتهى أمرها واتفقنا) قبل أن يأتيك هذا، قال:

«صدقت» وجعل أبو جندل يصرخ في أعلى صوته يا معشر المسلمين أأرد إلى المشركين يفتنوني في ديني!؟ فقال رسول الله: «يا أبا جندل اصبر واحتسب فإن الله جاعل لك ولمن معك من المستضعفين فرجاً ومخرجاً، إنا قد عقدنا بيننا وبين القوم صلحاً وأعطيناهم على ذلك وأعطوا عهد الله وإنا لا نغدر بهم»[1].

فهذه المعاهدة تقرر مبادئ مهمة تسترشد بها الدولة الإسلامية، منها مدى المرونة التي يسع الدولة الإسلامية التحلي بها عند التفاوض، فقد رأينا أن النبي ﷺ لم يصر على كتابة بسم الله الرحمن الرحيم ولا على كتابة صفته وهي أنه رسول الله عندما اعترض على ذلك ممثل قريش. كما تقرر مبدأ الضرورة ومبدأ اعتبار المصلحة الراجحة وقبول بعض الشروط الثقيلة في ضوء ذلك، كما تقرر مبدأ انضمام أطراف أخرى إلى المعاهدة لم يكن طرفاً فيها عند عقدها فتسري أحكامها على الجميع، كما تقرر المعاهدة مبدأ رعاية الأخلاق ولزوم الوفاء بالعقود كما جاء في قوله عليه السلام: «إنا لا نغدر بهم».

ثالثاً: آراء الفقهاء:

٥٠٧ ـ الاجتهاد في الشريعة الإسلامية سائغ مقبول ودائرته فيما عدا الأحكام القطعية التي وردت بها النصوص. وقد أذن به النبي ﷺ كما في حديث معاذ بن جبل المشهور عندما أرسله إلى اليمن وقد سأله الرسول عليه الصلاة والسلام بم تقضي؟ فأجابه معاذ: بكتاب الله فإن لم أجد فبسنة رسول الله فإن لم أجد أجتهد برأيي. فأقره الرسول ﷺ على ذلك. وفي حديث آخر: «إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران وإذا أخطأ فله أجر واحد». وفي هذا الحديث تشجيع على الاجتهاد لأنه يرفع المسؤولية عن المجتهد. والواقع أن الاجتهاد في الشريعة ضروري لأن نصوص القرآن والسنة لم تنص على أحكام جميع الوقائع والعلاقات وإنما نصت على بعضها وتركت البعض الآخر لاستنباط الفقهاء واجتهادهم في ضوء الأصول

---

(١) سيرة ابن هشام ج٣ ص ٢٧٣ ـ ٢٧٥.

العامة للشريعة وعلل الأحكام التي نصت عليها. وبناء على مشروعية الاجتهاد فقد صار لآراء الفقهاء أهمية كبيرة في الفقه الإسلامي لا سيما في فقه القانون الدولي الإسلامي، وتبرز هذه الأهمية من جهتين:

(الأولى): أن اجتهاد الفقهاء ليس شيئاً واحداً ولا مصدره واحداً فقد يكون قياساً وقد يكون أخذاً بالمصلحة المرسلة، أو سداً للذريعة أو غير ذلك، والقياس هو إلحاق ما لم يرد نص بحكمه بما ورد نص بحكمه في الحكم لاشتراكهما في العلة، يساعدنا كثيراً على معالجة بعض العلاقات الدولية بالقياس على ما ورد في السيرة النبوية في أمثال هذه العلاقات. وكذلك الاجتهاد على أساس المصلحة المرسلة، ويراد بها تشريع حكم لواقعة لا نص فيها ولا إجماع لتحقيق مصلحة لم يرد في الشريعة دليل خاص في اعتبارها أو إلغائها، ولا شك أن هذا النوع من الاجتهاد المبني على المصلحة مصدر خصب للأحكام يتسع لما يستجد من حوادث وعلاقات دولية ولا يضيق بتحقيق المصالح المشروعة للدولة الإسلامية لأن الشريعة كما يقول الإمام الشاطبي: «إنما وضعت لمصالح العباد» أو كما يقول الفقيه العز بن عبد السلام: «الشريعة كلها مصالح أو درء مفاسد» والأخذ بالمصلحة في القانون الدولي الإسلامي مصدر مهم، لأن العلاقات الدولية تقوم بجملتها على جلب المصالح ودرء المفاسد.

(الثانية): والجهة الثانية أن لرئيس الدولة الإسلامية الحق في أن يتبنى بعض الآراء الاجتهادية السائغة التي قالها أو يقولها الفقهاء والعمل بموجبها وجعلها قانوناً للدولة الإسلامية وفي هذه الحالة لا يجوز الاحتجاج ضدها برأي آخر لأن الاجتهاد لا ينقض بمثله، وبناء على هذا الأصل يجوز للدولة الإسلامية تبني بعض الآراء الفقهية السائغة والعمل بها في العلاقات الدولية واعتبارها من القانون الدولي الإسلامي. وفي هذا الباب سابقة مهمة، وهي ما فعله الخليفة هارون الرشيد فقد طلب من الفقيه المعروف أبي يوسف رحمه الله تعالى أن يكتب له كتاباً يبين فيه الأحكام الشرعية في الشؤون المالية للدولة وفي علاقاتها مع الدول غير الإسلامية فكتب له كتابه العظيم (الخراج) وقد قال أبو يوسف في أول هذا الكتاب: (إن أمير

المؤمنين أيّده الله تعالى سألني أن أضع له كتاباً جامعاً يعمل به في جباية الخراج والعشور والصدقات والجوالي (أي الجزية) وغير ذلك مما يجب عليه النظر فيه والعمل به..).

رابعاً: العرف:

٥٠٨ ـ ومن مصادر القانون الدولي الإسلامي العرف. والمقصود بالعرف ما ألفه الناس واعتادوه وساروا عليه في حياتهم من قول أو فعل، وهو والعادة بمعنى واحد عند أكثر الفقهاء، فقولهم هذا ثابت بالعرف والعادة لا يعني أن العادة غير العرف وإنما هي نفسه. وإنما ذكرت للتأكيد لا للتأسيس، وأساس اعتبار العرف دلالة القرآن والسنّة، أما دلالة القرآن فنجدها في قاعدة رفع الحرج عن الناس، قال تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨]، ولا شك أن في نزع الناس عما ألفوه بلا مبرر نوعاً من الحرج عليهم وفي هذا يقول صاحب المبسوط: (لأن الثابت في العرف ثابت بدليل شرعي، ولأن في النزوع عن العادة الظاهرة حرجاً بيناً)[١] وأما دلالة السنّة فتظهر في إقرار الرسول الكريم ﷺ لأعراف الجاهلية الصحيحة كإقراره أنواع المتاجرات والمشاركات والبيوع الصحيحة التي كانت عندهم.

والعرف أنواع: قولي وعملي وخاص وعام وصحيح وفاسد، والفاسد لا رعاية له ولا اعتبار وهو ما خالف أحكام الشريعة، والصحيح منه هو ما لا يخالف نصاً شرعياً ولا يفوت مصلحة مفيدة ولا يجلب مفسدة راجحة. ويشترط لاعتباره أن يكون مطرداً أو غالباً وأن يكون موجوداً وقت نشوء العلاقة القانونية أو قبلها لا بعدها وأن يستقر في النفوس ضرورة الالتزام به، وأن لا يوجد اتفاق على خلافه وأن يكون عاماً. وقد ذهب بعض الفقهاء المحدثين أن المقصود بالعموم جريانه في بلاد المسلمين لا في غيرها، أي: عرف عموم المسلمين[٢] ولا يتبين لي وجه هذا التخصيص والتقييد إذا كان الأمر يتعلق بعلاقات المسلمين مع غيرهم وكان عرفهم

(١) المبسوط للسرخسي ج١٣ ص ١٤.
(٢) العرف والعادة للأستاذ الشيخ أحمد فهمي أبو سنة ص ٥٨.

صحيحاً وأرادت الدولة الإسلامية مراعاته، وقد رأينا الرسول ﷺ يقر بعض أعراف العرب الصحيحة التي كانوا عليها قبل الإسلام.

وقد راعى الفقهاء المسلمون العرف في علاقاتهم مع الدول غير الإسلامية، مما يمكن القول معه أن مراعاة العرف من قواعد القانون الدولي الإسلامي، فمن أقوالهم في هذا الباب ما ذكره الإمام ابن قدامة الحنبلي في المغني: (وليس لأهل الحرب دخول دار الإسلام بغير أمان لأنه لا يؤمن أن يدخل أحدهم جاسوساً أو متلصصاً فيضر المسلمين، فإن دخل بغير أمان سئل فإن قال جئت رسولاً فالقول قوله لأنه تتعذر إقامة البيّنة على ذلك، ولم تزل الرسل تأتي من غير تقدم أمان، وإن قال جئت تاجراً نظرنا فإن كان معه متاع يبيعه قبل قوله أيضاً وحقن دمه لأن العادة جارية بدخول تجارهم إلينا وتجارنا إليهم)[1] وبمثل هذا قال الشافعي والمالكية[2] ويمكن أن يقاس على ما ذكره الفقهاء في باب رعاية العرف الصحيح الجاري بين الدولة الإسلامية والدول الأخرى كل عرف آخر بينهم، لأن ما ذكره ليس على سبيل الحصر وإنما على سبيل التمثيل، وقد قعدوا قواعد مهمة في مجال العرف ووجوب رعايته، مثل (العادة محكمة)، و(المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً)، و(الثابت بالعرف كالثابت بالنص)، و(لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان) أي: الأحكام المبنية على العرف وهذه القواعد يمكن الاستناد إليها في نطاق العلاقات الدولية، كما نلاحظ ذلك في كتابات الفقيه المشهور محمد بن الحسن الشيباني في كتابه السير الكبير وفي شرحه للإمام السرخسي

خامساً: المعاهدات:

٥٠٩ ـ عقد المعاهدات بين الدولة الإسلامية وبين غيرها من الدول أمر جائز أقرّته الشريعة الإسلامية ودلت عليه السوابق القديمة في السنّة النبوية، وذكرنا بعضها فيما سبق.

---

(١) المغني ج٨ ص ٥٢٣.

(٢) اختلاف الفقهاء للطبري ص ٣٣، وشرح الخرشي ج٣ ص ١٢٤.

والواقع أن المعاهدات وما تتضمنه من التزامات وما تقرره من قواعد وأحكام تعتبر مصدراً من مصادر القانون الدولي الإسلامي، لا سيما وأن للدولة الإسلامية سلطة تقديرية واسعة في عقد المعاهدات مع غيرها من الدول وبالشروط التي تراها محققة لمصلحتها ويلزمها الوفاء بها لأن الأصل في العقود والشروط الصحة والجواز فلا يحرم منها أو يبطل إلا ما دل على تحريمه وإبطاله دليل في الكتاب أو في السنة أو إجماع صحيح أو قياس معتبر[1] ويدل على هذا الأصل الأمر بالوفاء بالعقود والنهي عن الغدر، قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ١] ﴿وَأَوۡفُواْ بِعَهۡدِ ٱللَّهِ إِذَا عَٰهَدتُّمۡ﴾ [النحل: ٩١] وفي الحديث: «المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً». ومن قال من الفقهاء أن الأصل في العقود وشروطها التحريم إلا ما نص الشارع على حله وإباحته فقوله ضعيف لما ذكرنا ولأنه لو كان الأصل في العقود والشروط التحريم إلا ما أباحه الشارع صراحة لما أمرت الشريعة الإسلامية بالوفاء بالعقود مطلقاً وذم نقضها مطلقاً، أما التثبت بالحديث الشريف: «من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل» فهذا البطلان إنما يكون إذا خالف ذلك الشرط كتاب الله وشرطه بأن يكون المشروط مما حرمه الله تعالى صراحة[2] ومن المفيد هنا أن نذكر نص كلام الإمام الجصاص في هذا الباب لأهميته في موضوعنا قال في كتابه أحكام القرآن: (وقد اشتمل قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المَائدة: ١] على إلزام الوفاء بالعهود والذمم التي نعقدها لأهل دار الحرب وأهل الذمة والخوارج وغيرهم من سائر الناس وهو نظير قوله تعالى: ﴿وَأَوۡفُواْ بِعَهۡدِ ٱللَّهِ إِذَا عَٰهَدتُّمۡ وَلَا تَنقُضُواْ ٱلۡأَيۡمَٰنَ بَعۡدَ تَوۡكِيدِهَا﴾ [النّحل: ٩١] فما اختلفنا في جواز عقد أو فساده صح الاحتجاج بقوله تعالى: ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المَائدة: ١] لاقتضاء عمومه جواز جميعها. وقوله ﷺ: «المسلمون عند شروطهم» في معنى قول الله تعالى: ﴿أَوۡفُواْ

---

(١) فتاوى ابن تيمية ج٣ ص ٣٢٩ وما بعدها.

(٢) فتاوى ابن تيمية ج٣ ص ٣٢٩ وما بعدها.

بِٱلْعُقُودِ﴾ [المَائدة: ١] وهو عموم في إيجاب الوفاء بجميع ما يشرط الإنسان على نفسه ما لم تقم دلالة تخصصه[١].

وبناء على ما تقدم فإن المعاهدات التي ترتبط بها الدولة الإسلامية تعتبر أحكامها وما جاء فيها جزء من القانون الدولي الإسلامي، وملزماً لها لوجوب الوفاء عليها فيما التزمت به حتى ولو كانت شروطها مجحفة بها، قبلتها الدولة الإسلامية نزولاً عند حكم الضرورة أو تحملاً لمفسدة دفعاً لمفسدة أعظم منها، يدل على ذلك ما جاء في معاهدة الحديبية والتي ذكرناها وفيها شرط رد من جاء مسلماً إلى النبي ﷺ من قريش، وفي هذا الشرط وجوازه ولزوم الوفاء به يقول صاحب المغني: (ولكن لا يجوز هذا الشرط إلا عند شدة الحاجة إليه وبقيد المصلحة فيه، ومتى شرط لهم ذلك لزم الوفاء به)[٢]. والواقع أن شروط الضرورة التي يجوز أن تلتزم بها الدولة الإسلامية ثم لزوم الوفاء بها عليها كثيرة، منها ما ذكرناه في معاهدة الحديبية، ومنها ما همَّ النبي ﷺ أن يتعاقد عليه فقد جاء في السنة أن رسول الله ﷺ أرسل إلى عيينة بن حصن وهو مع أبي سفيان في يوم الأحزاب ـ أي: معركة الخندق ـ: «أرأيت إن جعلت لك ثلث ثمر المدينة أترجع بمن معك من غطفان؟ فأرسل إليه عيينة: إن جعلت لي الشطر فعلتُ»[٣] وبناء على هذه السوابق أجاز الفقهاء عقد المعاهدات مع دار الحرب لدفع شر الأعداء ولو بدفع مال لهم للضرورة[٤] وجواز عقد المعاهدات لا يقف عند حالات الحرب، بل يجوز في جميع الأحوال ولتنظيم مختلف الأمور ما دام في ذلك مصلحة للدولة الإسلامية ولا تخالف أحكام الشريعة كما قلنا.

انتهاء المعاهدات:

٥١٠ ـ وينتهي أثر المعاهدة بانتهاء مدتها إن كانت مؤقتة قال تعالى: ﴿فَأَتِمُّوٓاْ

---

(١) أحكام القرآن للجصاص ج٢ ص ٢٩٥.

(٢) المغني ج٨ ص ٤١٦.

(٣) المغني ج٨ ص ٤٦٠.

(٤) حاشية الدسوقي ج٢ ص ٢٠٥.

إِلَيْهِمْ عَهْدَهُمْ إِلَىٰ مُدَّتِهِمْ﴾ [التوبة: ٤] وقال تعالى: ﴿فَمَا اسْتَقَامُوا لَكُمْ فَاسْتَقِيمُوا لَهُمْ﴾ [التوبة: ٧] كما ينتهي أثرها بإخلال الطرف الآخر بها، كم حصل في نقض معاهدة الحديبية حيث ناصرت قريش حليفتها بني بكر على خزاعة حليفة المسلمين خلافاً لشروط المعاهدة. وتستطيع الدولة الإسلامية نقض المعاهدة عند خوف غدر الطرف الآخر وخيانته إذا قامت القرائن المعتبرة الدالة على ذلك، قال تعالى: ﴿وَإِمَّا تَخَافَنَّ مِن قَوْمٍ خِيَانَةً فَانبِذْ إِلَيْهِمْ عَلَىٰ سَوَاءٍ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْخَائِنِينَ﴾ [الأنفال: ٥٨]، أي: إذا ظهرت آثار الخيانة وثبتت دلائلها وجب نبذ العهد دفعاً للضرر عن الدولة الإسلامية، ولكن يجب إعلامهم بنقض عهدهم وقاية من الغدر(١).

سادساً: أعمال الخلفاء الراشدين:

٥١١ ـ ومن مصادر القانون الدولي الإسلامي السوابق المهمة في أعمال الخلفاء الراشدين المتعلقة بالعلاقات الدولية، لأن الخلفاء الراشدين في منزلة عالية جداً في الفقه والمعروفة بمقاصد الشريعة، ولهم دراية واسعة ودقيقة بالسنة النبوية، وقد جاء الحديث يأمر باتباعهم فقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين المهديين من بعدي عضوا عليها بالنواجذ» وسنتهم هي، كما أفهم، نهجهم وطريقهم في معالجة الأمور ومنها سياسة الدولة، ويزيد من أهمية أعمالهم وآرائهم أنهم طبقوها فعلاً في نطاق العلاقات الدولية لأنهم ابتلوا بإمرة المسلمين فعقدوا المعاهدات ووجهوا الأوامر والتعليمات إلى أمراء الجيوش والأقاليم فيما يجب عليهم اتباعه في قتالهم وسلمهم ومعاهداتهم مما يعطينا سوابق مهمة في هذا الباب ويمكن الاستدلال بها والأخذ بموجبها أو القياس عليها، وهذا ما سار عليه الفقهاء، فإننا نجدهم يحتجون بأعمالهم ويستدلون بها، بل إن بعض الفقهاء يجعل أعمالهم بمنزلة الإجماع أو الإجماع السكوتي لعدم وجود الخلاف فيها. فمن استدلال الفقهاء بأعمالهم، ما احتج به فقهاء الحنفية وغيرهم في مسألة العشور، أي: ما يؤخذ من الأجنبي إذا دخل دار الإسلام بمال للتجارة، فقد جاء في السير الكبير للشيباني وشرحه: (... إذ الأمر بيننا وبين الكفار مبني على المجازاة.. الدليل

---

(١) أحكام القرآن لابن العربي ج٣ ص ٣٥٧، وحاشية الدسوقي ج٢ ص ٢٠٦.

عليه ما روي أن عاشر عمر رضي الله عنه كتب إليه كم نأخذ من تجار أهل الحرب؟ فقال: كم يأخذون منا؟ فقال: هم يأخذون منّا العشر، فقال: خذ منهم العشر)[١] ومثل هذا الاستدلال استدلالهم بفعل عمر أيضاً على مقدار ضريبة الخراج على الأرض المفتوحة والجزية المأخوذة من أهلها. وفي كتاب الخراج يقول أبو يوسف رحمه الله مستدلاً بفعل عمر أيضاً: (وإن عمر بن الخطاب رضي الله عنه حقن دماء أهل السواد وجعلهم ذمة بعد أن ظهر عليهم) وفي المغني لابن قدامة الحنبلي: (وكذلك الفلاحين ـ لا يقتلون ـ إذا لم يقاتلوا، لما روي عن عمر رضي الله عنه، قال: (اتقوا الله في الفلاحين الذين لا ينصبون لكم الحرب)[٢].

وكذلك يحتج الفقهاء بوصايا وأوامر الخلفاء الراشدين لأمرائهم وقوّاد جيوشهم فمن ذلك احتجاجهم بوصية أبي بكر الصديق رضي الله عنه ليزيد بن أبي سفيان عندما أرسله لقتال الشام، فقد قال له: (لا تقتل صبياً ولا امرأة ولا هرماً وستمرون على أقوام في الصوامع قد حبسوا أنفسهم فدعوهم)[٣] كما أن معاهدات أمراء الأقاليم والجيش في عهد الخلفاء الراشدين يمكن الاستدلال بها، وقد استدل بها الفقهاء فعلاً باعتبارها جرت بأمر أو إذن من الخلفاء أو بعلمهم أو بإمضائهم لها، كما في معاهدة أبي عبيدة بن الجراح مع أهل الشام، ومعاهدة خالد بن الوليد مع أهل الحيرة[٤].

تاريخ القانون الدولي العام الإسلامي وتدوينه:

٥١٢ ـ بدأ القانون الدولي الإسلامي بنزول آيات القرآن لا سيما بعد الهجرة إلى المدينة حيث قامت للمسلمين دولة وأخذت تنزل الآيات بالأحكام المنظمة لعلاقات هذه الدولة بغيرها من الدول والجماعات كما أن سيرة النبي ﷺ في

---

(١) شرح السير الكبير للسرخسي ج٤ ص ٢٨٣.

(٢) المغني ج٨ ص ٤٧٩.

(٣) المغني ج٨ ص ٤٧٧ ـ ٤٧٨.

(٤) الخراج لأبي يوسف ص ١٣٩، مجموعة الوثائق السياسية في العهد النبوي والخلافة الراشدة للدكتور محمد حميد الله ص ٢٩٠.

معاملاته مع غير المسلمين كأفراد أو جماعات أو دول كانت القواعد الأولى والمهمة في بناء القانون الدولي الإسلامي. ثم جاء عصر الخلافة الراشدة وأخذت قواعد وأحكام هذا القانون بالتوسع عن طريق سيرة الخلفاء الراشدين واجتهادهم. ثم جاء بعدهم فقهاء الأمصار فكان لآرائهم الفقهية تأثير مهم في التفريع والاستنباط في موضوع القانون الدولي الإسلامي.

أولاً: تدوين القرآن الكريم:

٥١٣ ـ فقد بدأ من عصر النبي ﷺ فقد كان له كُتَّاب يكتبون له آيات القرآن، ولذلك سموا بكتاب الوحي، ومن آيات القرآن ما يتعلق بموضوعات القانون الدولي الإسلامي، مثل آيات القتال والمعاهدات وأسرى الحرب وغنائمها والأمان ونحو ذلك، ثم جمعت صحف القرآن في مصحف واحد في زمن أبي بكر الصديق رضي الله عنه وهذا الجمع يعتبر أول تدوين رسمي كامل لنصوص القانون الدولي الإسلامي الوارد في القرآن الكريم في ضمن نصوص الأحكام الأخرى التي اشتمل عليها القرآن.

ثانياً: تدوين السنة:

٥١٤ ـ والسنّة هي المصدر الثاني لأحكام القانون الدولي الإسلامي إلا أنها لم تدون في عصر النبي ﷺ، كما لم تدوّن في عصر الخلفاء الراشدين، ومعنى ذلك أنه لم يجر تدوين لأحكام وقواعد القانون الدولي الإسلامي الوارد في السنة النبوية. ولكن لا يعني هذا أن شيئاً منها لم يدون أصلاً. فالحقيقة أن شيئاً من التدوين حصل لها، وفي ضمن هذا الشيء الذي دوّن دونت بعض أحكام القانون الدولي الإسلامي. فمن الثابت أن النبي ﷺ كان يكتب المعاهدات ويرسل الكتب والرسائل إلى الأمراء والحكّام، وفي هذه أحكام كثيرة تخص القانون الدولي الإسلامي. كما أن بعض الأفراد كانوا يكتبون ما يسمعونه من النبي ﷺ ـ بعلمه وإذنه ـ في مختلف الشؤون، ومنها ما يخص القانون الدولي الإسلامي، وأشهر هذه المدونات الشخصية: صحيفة عبد الله بن عمرو رضي الله عنه المسماة بالصحيفة الصادقة، كما كان هو يسميها لأنه كتبها سماعاً عن رسول الله ﷺ مباشرة وتضم هذه

الصحيفة مئات الأحاديث وقد رواها الإمام أحمد في مسنده[١]. كما كان للإمام علي رضي الله عنه صحيفة يعلقها في سيفه وفيها: «لا يقتل مسلم بكافر»[٢]. وفي عهد التابعين اتجه الخليفة المشهور عمر بن عبد العزيز إلى تدوين السنة بأحكامها المختلفة ومنها أحكام القانون الدولي الإسلامي العام، فكتب إلى عامله على المدنية الفقيه أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم: (أن اكتب إليّ بما ثبت عندك من الحديث عن رسول الله ﷺ فإني خشيت دروس العلم وذهابه، ولكن الخليفة توفي قبل أن يتم التدوين)[٣]. ثم انتشر التدوين وفشا في القرن الثاني للهجرة وظهرت المصنفات في السنة النبوية مخلوطة بفتاوى الصحابة وآرائهم، ثم أفردت السنة بالتدوين فألفت فيها المسانيد بجمع مرويات كل صحابي على حدة وإن اختلفت مواضيعها، ثم دوّنت السنة حسب أبواب الفقه ومنه: باب السير والجهاد، وأحاديث هذا الباب هي المتعلقة بمواضيع القانون الدولي الإسلامي، ومن هذه المدونات: صحيح البخاري ومسلم في أوائل القرن الثالث للهجرة.

ويلاحظ هنا أن العلماء عند تدوينهم السنة النبوية كانوا يجعلون منها أبواباً في حياة النبي ﷺ وسيرته سموها باب المغازي والسير، ثم أفرد هذا الباب في كتب خاصة، ومن أشهر من كتب في سيرة النبي ﷺ محمد بن إسحاق بن يسار المتوفى سنة ١٥١هـ ولقد لخّص هذه السيرة أبو محمد عبد الملك بن هشام المتوفى في أوائل القرن الثالث للهجرة وقد حرص ابن هشام على المحافظة على أصل عبارات محمد بن إسحاق مع تعديل بسيط في بعضها مما يجعل لسيرة ابن هشام قيمة علمية وتاريخية عظيمة لأنها تعتبر أقدم أثر وصل إلينا في موضوع السيرة النبوية بصورة متكاملة، وفيها كثير من أحكم القانون الدولي الإسلامي.

ثالثاً: تدوين الفقه:

٥١٥ ـ ثم جاء فقهاء الأمصار فدونوا الفقه الإسلامي، وجعلوا من أبوابه باب

(١) السنّة قبل التدوين للأستاذ محمد عجاج الخطيب ص ٣٤٨.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق ص ٣٢٩ وما بعدها.

السير والجهاد وبحثوا فيه موضوعات القانون الدولي العام الإسلامي بتفصيل وذكر الجزئيات الكثيرة وأقدم كتاب فقهي وصل إلينا هو كتاب المجموع الفقهي للإمام زيد بن علي المتوفى سنة ١٢٢هـ وهو يضم فصولاً في السير وفيه فقه وحديث. وكذلك موطأ مالك المتوفى سنة ١٧٩هـ

وأقدم الكتب المؤلفة بالسير فقط سير الإمام الأوزاعي فقيه الشام المعروف المتوفى سنة ١٥٦ هـ. وقد ذكر جملة كبيرة منها الإمام الشافعي في كتابه الأم، ويعتبر كتاب السير لفقيه العراق المشهور محمد بن الحسن الشيباني المتوفى سنة ١٨٩هـ أجمع وأوسع الكتب القديمة المؤلفة في موضوعات القانون الدولي الإسلامي بصورة منفردة ومتميزة عن مواضيع الفقه الإسلامي الأخرى. وقد تكلم فيه عن الأمان بأنواعه وما يصير به غير المسلم ذمياً، وأحكامه في دار الإسلام وعن قواعد الحرب والمعاهدات ونقضها، وآثار الحرب في الأموال والأشخاص، وغنائم الحرب من منقول وعقار، وعن أسرى الحرب وحكم الإسلام فيهم، وعن رسل دار الحرب إلى دار الإسلام وما يتمتعون به من حصانة، وعن التجارة بين دار الحرب ودار الإسلام، وعن المستأمن وأحكامه في دار الإسلام وما يعتبر نقضاً للأمان وما لا يعتبر وغير ذلك من المسائل الجزئية الكثيرة من مختلف المواضيع الأخرى. وقد شرح هذا الكتاب العظيم الفقيه الكبير صاحب المبسوط في الفقه محمد بن أحمد بن سهل أبو بكر الملقب شمس الأئمة والمعروف بالسرخسي نسبة إلى سرخس وهي مدينة قديمة بين مشهد ومرو. كذلك يعتبر الخراج لأبي يوسف من الكتب المهمة والقديمة في بيان أحكام القانون الدولي الإسلامي. ومن الكتب التي ألفت في هذا الموضوع بعد أبي يوسف ومحمد الشيباني: كتاب الأحكام السلطانية لأبي يعلى الحنبلي، والأحكام السلطانية للماوردي، إلى كتب أخرى غير ما ذكرنا.

أسس القانون الدولي العام الإسلامي ومبادئه:

٥١٦ ـ أسس القانون الدولي ومبادئه كثيرة يمكن ردها إلى اثنين: مبدأ العدالة، ومبدأ رعاية الأخلاق، ولا بد من الكلام على كل واحدة منهما على حدة.

أولاً: مبدأ العدالة:

٥١٧ ـ مبدأ العدالة في الإسلام مهم جداً فهو أساس الشريعة الإسلامية وقاعدة أنظمتها جميعاً ومنه تتفرع مبادئ كثيرة وجزئيات أكثر، والنصوص فيه كثيرة جداً، وبه أمرت جميع الشرائع الإلهية قال تعالى: ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ ...﴾ [الحديد: ٢٥] والميزان هو العدل كما قال المفسرون[١].

ولهذا فإن لمبدأ العدالة في القانون الدولي الإسلامي، وهو جزء الشريعة الإسلامية، مركزاً بارزاً لأن العدل يجب مع الجميع ومنهم غير المسلمين أفراداً كانوا أو جماعات أو دولاً، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَآنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ﴾ [المائدة: ٨] أي: لا يحملكم بغض قومٍ، وهم الكفار كما قال ابن تيمية، على عدم العدل[٢] والأمر بالعدل نهي عن الظلم، والنصوص في تحريم الظلم كثيرة جداً، وهو لا يجوز في جميع الأحوال وبالنسبة لأي إنسان أو جماعة أو دولة، مسلمين كانوا أو غير مسلمين، لأن كون الإنسان غير مسلم لا يعطي مبرراً لأحد لظلمه، قال شيخ الإسلام ابن تيمية وهو يتكلم عن العدل والظلم: (ولهذا كان العدل أمراً واجباً في كل شيء وعلى كل أحد، والظلم محرماً في كل شيء ولكل أحد فلا يحل ظلم أحد أصلاً سواء كان مسلماً أو كافراً أو كان ظالماً)[٣].

٥١٨ ـ ويتفرع من مبدأ العدالة مبدأ المعاملة بالمثل، لأن هذه المعاملة من العدل المأمور به فضلاً عن النصوص الخاصة به، جاء في القرآن: ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾، ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِ﴾، وفي الحديث النبوي الشريف: «عامل الناس بما تحب أن يعاملوك به».

---

(١) تفسير ابن كثير ج٤ ص ٣١٤.

(٢) فتاوى ابن تيمية ج١ ص ٣٤٢.

(٣) فتاوى ابن تيمية ج١ ص ٣٤١، ٣٥٢.

ومن تطبيقات مبدأ المعاملة بالمثل ما قرره الفقهاء في باب السياسة الضريبية للدولة الإسلامية، فقالوا: إن ما تستوفيه من ضريبة تجارية من رعايا الدول الأجنبية القادمين إليها بأموال للتجارة يتحدد بموجب قاعدة المعاملة بالمثل، فإن كانت دولتهم تعفي رعايا الدولة الإسلامية من الضرائب في إقليمها أو تأخذ منهم مقداراً معيناً من الضريبة فإن الدولة الإسلامية تفعل مثله بالنسبة لرعايا هذه الدول إذا قدموا إلى إقليمها[١].

ومن فروع مبدأ العدالة في القانون الدولي الإسلامي قاعدة قصر المسؤولية على من قام فيه سببها، وأصل هذه القاعدة قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [الأنعَام: ١٦٤] وفي السنة النبوية تطبيق لهذه القاعدة ففي معاهدة النبي ﷺ مع أهل خيبر لما ظهر عليهم اشترط عليهم بعض الشروط، إن خالفوها فلا ذمة لهم ولا عهد، فخالفها بعضهم فاعتبر النقض فيمن خالف لا فيمن لم يخالف ولم يسر حكم النقض على الجميع[٢]. ومن تطبيقات هذه القاعدة: ما ذكره الفقهاء من أن طرف المعاهدات مع الدولة الإسلامية إذا كان دولاً متعددة ونقضت إحداها المعاهدة وأنكرت الباقيات موقف الدولة الناقضة اقتصر أثر النقض على الدولة الناقضة ولم يسر على الباقيات، جاء في المغني في هذا المعنى: (وإن أنكر من لم ينقض على الناقض بقول أو فعل أو راسل الإمام ـ أي: إمام المسلمين ـ بأني منكرٌ لما فعله الناقض، مقيم على العهد، لم ينقض في حقه ويأمره الإمام بالتميز ليأخذ الناقض وحده)[٣]. وكذلك قال الفقهاء: (وإن نقضت طائفة من أهل الذمة جاز غزوهم، وإن نقض بعضهم دون بعض اختص حكم النقض بالناقض دون غيره، وإن لم ينقضوا ولكن خاف الإمام النقض منهم لم يجز أن ينبذ إليهم عهدهم، وكذلك إذا نقض أهل الذمة العهد وسكت بعضهم لم يكن سكوتهم نقضاً)[٤].

---

(١) الفتاوى الهندية ج١ ص ١٨٤، شرح السير الكبير ج٤ ص ٢٨٣، شرح الأزهار ج١ ص ٥٧٩، المبسوط ج١٠ ص ١٩٩ ـ ٢٠٠.

(٢) زاد المعاد ج٢ ص ٦٢ ـ ٧٧.

(٣) المغني ج٨ ص ٤٦٢.

(٤) المغني ج٣ ص ٥٣٤ ـ ٥٣٥.

ويقول الفقيه الكاساني في بدائعه: (ولو خرج قوم من دار الموادعة ـ أي الدولة المتعاقدة مع الدولة الإسلامية بمعاهدة صلح أو هدنة ـ بإذن الإمام ـ أي رئيس دولتهم ـ كان ذلك دلالة النبذ ولو خرج قوم من غير إذن الإمام فقطعوا الطريق في دار الإسلام فلا يكون ذلك نقضاً للعهد.. فالملك وأهل مملكته على موادعتهم لانعدام دلالة النقض في حقهم)[1]، وكذلك صرح الشافعية بمثل هذا القول[2].

ثانياً: مبدأ رعاية الأخلاق:

٥١٩ ـ للأخلاق منزلة عظيمة جداً في الشريعة الإسلامية، ولذلك مدح الله رسوله بحسن الأخلاق، قال تعالى: ﴿وَإِنَّكَ لَعَلَىٰ خُلُقٍ عَظِيمٍ﴾ [القَلَم: ٤]. والمقصود بالأخلاق جملة من الصفات الحميدة الفاضلة التي تأمر الشريعة بالتحلي بها، وجملة من الصفات القبيحة الرذيلة التي تأمر الشريعة بالتخلي عنها، وهي تعتبر ضوابط للسلوك البشري لأنها في حقيقتها معانٍ وقيم معينة تستقر في النفوس وفي ضوئها يحسن الفعل في نظر الإنسان أو يقبح ومن ثم يقدم عليه أو يحجم عنه، يباشره أو يتركه. وعلى هذا فإن أفعال الإنسان ما هي إلا مظاهر أو فروع أو ثمار لما هو مستقر في نفسه من معاني الأخلاق فإن صلح ما في نفسه صلح عمله وإن فسد ما في نفسه فسد عمله، فليست أعمال الإنسان مقطوعة الصلة عما في قرارة نفسه وإنما هي موصولة به كما أن فروع الشجرة وثمارها موصولة بأصلها المغيب في التراب.. وعلى هذا فليس في اهتمام الشريعة بالأخلاق مبالغة أو إسراف وإنما هو اهتمام في محله وإعطاء الأخلاق ما تستحقه من رعاية واعتبار. وحرص على إصلاح الإنسان ابتداء من داخله.

وقد بينت نصوص القرآن والسنة ما يجب التحلي به من الأخلاق الفاضلة وما يجب التخلي عنه من الأخلاق الرديئة فمن الأول الوفاء بالعهود والالتزام بالكلمة والعفّة والأمانة والصدق والرحمة والتسامح والرفق والشجاعة وغير ذلك مما هو

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص ١٠٩ ـ ١١٠

(٢) مختصر المزني ج٨ ص ٢٨٠.

مذكور في القرآن والسنة. ومن الثاني أي الأخلاق الرديئة، الغدر والخيانة والنفاق والكذب والقسوة والظلم وغير ذلك.

٥٢٠ ـ وتبدو أهمية الأخلاق في الشريعة الإسلامية في أنظمتها القانونية جميعاً بصورة عامة وفي نطاق القانون الدولي الإسلامي بصورة خاصة، من ثلاثة وجوه تكون في الحقيقة ثلاثة أصول مهمة.

الوجه الأول: أو الأصل الأول:

٥٢١ ـ إن مراعاة مقتضى الأخلاق في الشريعة الإسلامية سلباً أو إيجاباً، أخذاً أو تركاً، أمر واجب في جميع العلاقات الفردية والدولية فلا فرق بين الاثنين في لزوم مراعاة الأخلاق، وعلى هذا فإن من مبادئ القانون الإسلامي الأصيلة مراعاة الأخلاق، والدولة الإسلامية تلتزم بهذا المبدأ غاية الالتزام وفي جميع الظروف والأحوال وفي جميع علاقاتها مع الدول الأخرى ورعايا هذه الدول وإن كلفها الالتزام بهذا المبدأ تضحيات وثمناً باهظاً، لأن الالتزام بمقتضى الأخلاق شيء ثمين جداً لا يعادله شيء وكل بذل وتحمل في سبيله هين بسيط، وإن التفريط به شيء خسيس جداً لا يرفع خسته شيء. وعلى هذا فما يلزم الأفراد في علاقاتهم الفردية من مراعاة لجانب الأخلاق الفاضلة والتوقي من أضدادها يلزم مثله الدولة الإسلامية في علاقاتها مع الدول الأخرى، لأن الشريعة الإسلامية لا تقبل أن يكون الشيء ذميماً محرماً في علاقة الفرد بالفرد ويكون نفسه جميلاً حلالاً في علاقة الدولة الإسلامية مع غيرها من الدول.

٥٢٢ ـ ومن تطبيقات هذا الأصل المهم في رعاية الأخلاق، ما جاء في القرآن والسنة واجتهادات الفقهاء ونذكر بعض الأمثلة لها:

أ ـ في القرآن والسنة:

جاء في القرآن الكريم: ﴿وَإِمَّا تَخَافَنَّ مِن قَوْمٍ خِيَانَةً فَانۢبِذْ إِلَيْهِمْ عَلَىٰ سَوَآءٍ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يُحِبُّ ٱلْخَآئِنِينَ﴾ [الأنفال: ٥٨]، أي: إذا ظهرت آثار الخيانة وثبتت دلائلها فانبذ إليهم عهدهم، أي أعلمهم بأنك قد نقضت عهدهم حتى يستوي الجميع في معرفة

ذلك وإن كانوا هم البادين في النقض ﴿إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْخَائِنِينَ﴾ [الأنفال: ٥٨] يقول الإمام ابن كثير في تفسيرها (أي حتى ولو في حق الكفار لا يحبها ـ أي الخيانة ـ أيضاً)[1].

وقال تعالى: ﴿وَإِنِ اسْتَنصَرُوكُمْ فِي الدِّينِ فَعَلَيْكُمُ النَّصْرُ إِلَّا عَلَىٰ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَاقٌ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾ [الأنفال: ٧٢]، أي: إن استنصركم المسلمون الذين لم يهاجروا إليكم على عدوهم فانصروهم فإنه واجب عليكم لأنهم إخوانكم في الدين إلا إن استنصروكم على قوم من الكفار بينكم وبينهم ميثاق أي مهادنة إلى مدة فلا تخفروا ذمتكم ولا تنقضوا عهدكم معهم وإن كان الكفار هم المعتدين، رعاية للعهد، وتوقياً من الخيانة[2]. وفي هذا النص أكبر دليل على شدة تمسك الدولة الإسلامية بمعاني الأخلاق الفاضلة وتحريم الغدر عليها ولو أدى ذلك إلى تعرض المسلمين إلى العدوان.

ومن السنة ما جاء في معاهدة الحديبية التي ذكرناها ونعيد ما ذكرناه لأهميته هنا، فقد كان من شروطها أن من يأتي محمداً مسلماً من قريش بدون إذن وليه يرده النبي ﷺ، فجاء أثناء ذلك أبو جندل مسلماً يستصرخ المسلمين فقال له سهيل ممثل قريش: لقد تم الاتفاق، فقال له النبي ﷺ: صدقت. ثم قال النبي ﷺ إلى أبي جندل معللاً امتناعه من قبوله وإيوائه: «إنا قد عقدنا بيننا وبين القوم صلحاً وأعطيناهم على ذلك وأعطونا عهداً وإنا لا نغدر بهم».

ب ـ وعلى هذا النهج الشديد في رعاية الأخلاق سار الخلفاء الراشدون وقام اجتهاد الفقهاء المسلمين. ومن السوابق في سيرة الخلفاء الراشدين في هذا الباب أن أبا عبيدة بن الجراح صالح أهل الشام على شروط معينة وكتب بها إلى الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه فكتب إليه الخليفة يقرّه على ما فعل ويقول له فيما كتب إليه: (ووفِّ لهم بشرطهم الذي شرطت لهم في جميع ما أعطيتهم)[3].

---

(١) تفسير ابن كثير ج٢ ص ٣٢٠. ومثله في أحكام القرآن للجصاص ج٣ ص ٢٦٧ وأحكام القرآن لابن العربي ج٢ ص ٧٦٠.

(٢) تفسير ابن كثير ج٢ ص ٣٢٩.

(٣) الخراج لأبي يوسف ص ١٣٩.

ج ـ ومن آراء الفقهاء واجتهاداتهم القائمة على رعاية الأخلاق ما يأتي:

١ ـ لزوم الوفاء بالشروط الثقيلة في المعاهدات التي تعقدها الدولة الإسلامية في حالات الضرورة وفي هذا يقول صاحب المغني: (ومن شرط لهم ذلك لزم الوفاء به)[١].

٢ ـ التوقي من شبهة الغدر واجب، وعند الشك يؤخذ بالاحتياط تصوناً وتحرجاً من الغدر وتحرزاً عنه ما أمكن، قال الإمام محمد بن الحسن الشيباني: (وإن ناداهم ـ أي المسلمون ـ بلسان لا يعرفه أهل الحرب، وذلك معروف للمسلمين فهم آمنون)، ويقول الإمام السرخسي في شرح هذا القول: (فلو لم يثبت الأمان به كان نوع غدر من المسلمين، والتحرز عن صورة الغدر واجب. يوضحه أنهم إذا لم يفهموا فإنما كان ذلك بمعنى من المسلمين حيث نادوهم بلغة لا يعرفونها فلا يبطل به حكم الأمان في حقهم)[٢]. وقال الإمام الكاساني: (لو كان واحد منهم دخل دار الإسلام بالموادعة فمضى الوقت وهو في دار الإسلام فهو آمن حتى يرجع إلى مأمنه لأن التعرض له يوهم الغدر فيجب التحرز عنه ما أمكن)[٣].

٣ ـ لا يجوز لآحاد المسلمين خيانة أهل دار الحرب إذا دخل إقليمهم بأمانهم لأن خيانتهم غدر ولا يصلح الغدر في أخلاق الإسلام، وفي هذا يقول فقهاء الحنابلة: (من دخل ـ أي من المسلمين ـ إلى أرض العدو بأمان لم يخنهم في مالهم لأنهم إنما أعطوه الأمان مشروطاً بتركه خيانتهم لأنه غدر ولا يصلح في ديننا الغدر..)[٤].

٤ ـ وذهب فقهاء الحنابلة إلى مدى بعيد جداً في لزوم رعاية مقتضى الأخلاق الفاضلة، ولو كان في هذا الالتزام بقاء المسلم في أسر العدو، فقد قالوا، وما أسمى ما قالوا: (إذا أطلق الكفار الأسير المسلم واستحلفوه على أن يبعث إليهم

---

(١) المغني ج٨ ص ٤٦٥.

(٢) شرح السير الكبير ج١ ص ٢٨٤.

(٣) الكاساني ج٧ ص ١٠.

(٤) المغني ج٨ ص ٤٥٨.

بفدائه أو يعود إليهم، لزمه الوفاء قال تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدتُّمْ﴾ [النّحل: ٩١] ، ولأنه قال رسول الله ﷺ: «إنا لا يصلح في ديننا الغدر» فعليه أن يرد الفداء وبهذا قال عطاء والحسن والزهري والنخعي والثوري والأوزاعي، فإن عجز عن الفداء رجع إليهم وبهذا قال الزهري والأوزاعي. وإن أطلقوه وشرطوا عليه المقام عندهم لزمه ما اشترطوا عليه، لقول النبي ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم»[1].

إيقاف قاعدة المعاملة بالمثل لرعاية الأخلاق:

٥٢٣ ـ قلنا: إن الدولة الإسلامية تأخذ بقاعدة المعاملة بالمثل تطبيقاً لمبدأ العدالة أو تفريعاً عليه، ولكن هذه القاعدة تتركها الدولة الإسلامية إذا كان الأخذ بها يؤدي إلى تجاوز معاني الأخلاق الفاضلة ويؤدي إلى التلبس بالأخلاق الرديئة وبالتالي تفوت حقيقة العدالة وإن بقي ظاهرها ومن تطبيقات هذا الإيقاف بمقتضى الأخلاق، أن القاعدة في جباية الضرائب التجارية من الأجانب إذا دخلوا إقليم الدولة الإسلامية قاعدة المعاملة بالمثل، ولكن تقف هذه القاعدة إذا كانت تؤدي إلى الظلم كما لو كانت دار الحرب تأخذ ضريبة من المال القليل الذي يدخل به التجار المسلمون إلى دار الحرب، أو تصادر أموالهم فإن الدولة الإسلامية لا تفعل هذا مع رعايا هذه الدولة إذا دخلوا دار الإسلام وفي هذا المعنى يقول صاحب المبسوط: «فإن كانوا ـ أي: أهل دار الحرب ـ يظلموننا في أخذ شيء من القليل ـ من تجارنا ـ فنحن لا نأخذ منهم، ألا ترى لو كانوا يأخذون جميع الأموال من تجارنا لا نأخذ منهم ذلك؛ لأن ذلك يرجع إلى غدر الأمان»[2]. وفي حاشية ابن عابدين على الدر المختار: «الأصح عدم تعشير مالهم ـ أي: أخذ ضريبة منه ـ إذا لم يبلغ نصاباً وإن أخذوا منا من مثله، لأن ما دون النصاب قليل والأخذ من القليل ظلم ولا متابعة في الظلم»[3]. وقال فقهاء الحنفية: لو أن دار الحرب قتلت رعايا دار الإسلام المقيمين في أرضها فلا يجوز للدولة الإسلامية أن تعاملها بالمثل فتقتل

---

(١) المغني ج٨ ص ٤٨٣.

(٢) المبسوط ج١٢ ص ٢٠٠.

(٣) الدر المختار ورد المحتار ج٢ ص ٥٦.

رعاياها الموجودين في إقليم الدولة الإسلامية، لأن هذا ظلم وغدر بالأمان فلا يجوز شيء منه، لأننا لا نتخلق بالأخلاق الرديئة وإن تخلقوا هم بها[١].

الوجه الثاني: أو الأصل الثاني:

٥٢٤ ـ والأصل الثاني الذي تبرز به أهمية الأخلاق في الشريعة وفي قانونها الدولي الإسلامي، أن مراعاة الأخلاق الفاضلة مطلوبة في الغاية والوسيلة.

فكما أن الغاية يجب أن تكون شريفة نبيلة مقبولة بمقتضى معايير الأخلاق وقيمها فكذلك يجب أن تكون الوسيلة المؤدية إليها، وعلى هذا فالشريعة ترفض رفضاً قاطعاً المبدأ الخبيث القائل: الغاية تبرر الوسيلة. فهذا المبدأ لا مكان له أبداً في القانون الإسلامي، مبدأ شاع في أوروبا منذ أن أظهر ميكافيلي كتابه الأمير سنة ١٥١٣م، وقال فيه: (لا محل للأخذ بقواعد الأخلاق في أمور الدولة)[٢].

ويدل على هذا المبدأ آية النبذ التي ذكرناها فيما سبق ونذكرها هنا أيضاً لتوضيح الاستدلال قال تعالى: ﴿وَإِمَّا تَخَافَنَّ مِن قَوْمٍ خِيَانَةً فَانۢبِذْ إِلَيْهِمْ عَلَىٰ سَوَآءٍ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يُحِبُّ ٱلْخَآئِنِينَ﴾ [الأنفال: ٥٨]، تشير هذه الآية الكريمة إلى أن الخيانة ممقوتة ورذيلة حتى ولو اتخذت سبيلاً إلى غاية شريفة وهي رد كيد الأعداء وخيانتهم، فعلى المسلمين التوقي من الخيانة بإعلام الأعداء بنقض العهد فيناجزوهم صراحة لا غدراً وعلى حين غرة. وكذلك آية الاستنصار التي ذكرناها ونعيد ذكرها ههنا: ﴿وَإِنِ ٱسْتَنصَرُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ فَعَلَيْكُمُ ٱلنَّصْرُ إِلَّا عَلَىٰ قَوْمٍۭ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَٰقٌ ۗ وَٱللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾ [الأنفال: ٧٢]، فإن نصرة المسلمين المظلومين واجب على الدولة الإسلامية ولكن لا تفعله إذا كان وسيلة نصرتهم أو كانت نصرتهم تستلزم ارتكاب الخيانة ونقض العهد. وهكذا فإن الشريعة الإسلامية وقانونها الدولي العام لا يسمحان مطلقاً للغاية الشريفة أن تستخدم الوسيلة الخسيسة، لأن أخلاق الإسلام تكره الخيانة وتحتقر الخائنين.

---

(١) ينظر ص ٥٨ من هذا الكتاب.

(٢) القانون الدولي العام للدكتور محمد سامي جنينه ص ٥٩.

الوجه الثالث، أو الأصل الثالث:

٥٢٥ ـ والأصل الثالث الذي تبرز فيه أهمية الأخلاق في القانون الدولي الإسلامي أن الأخلاق في الإسلام موصولة بتقوى الله وتحت مراقبته، وما كان هذا شأنه وجب على المسلم رعايته والعناية به، قال تعالى: ﴿فَأَتِمُّوٓا۟ إِلَيْهِمْ عَهْدَهُمْ إِلَىٰ مُدَّتِهِمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُتَّقِينَ﴾ [التوبة: ٤]، فالوفاء بالعهد من تقوى الله وموصول بها ويحبه الله، وما يحبه الله من معاني تقواه لزم على المسلم والدولة الإسلامية الالتزام به واعتباره في جميع الأحوال. وفي آية العدل مع غير المسلمين: ﴿وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَـَٔانُ قَوْمٍ عَلَىٰٓ أَلَّا تَعْدِلُوا۟ ۚ ٱعْدِلُوا۟ هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ ۖ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ خَبِيرٌۢ بِمَا تَعْمَلُونَ﴾ [المائدة: ٨]، دلالة واضحة على أن العدل وهو من معاني الأخلاق الإسلامية، يعتبر من تقوى الله، ولو كان مع غير المسلمين، فعلى المسلمين مراعاته؛ لأن الله خبير بمدى التزامهم به، ولا شك أن ربط الأخلاق بتقوى الله يعطيها قوة ورسوخاً في النفوس ويزيد من قوة التزام الدولة الإسلامية بها، لأنها جزء من تقوى الله يحاسب عليه المسلم في الآخرة.

أشخاص القانون الدولي العام الإسلامي

٥٢٦ ـ القانون الدولي الإسلامي ينظم علاقات الدولة الإسلامية بغيرها من الدول، فالدول إذن هي أشخاص هذا القانون، ولكن الفقهاء المسلمين عند كلامهم عن قواعد هذا القانون وأحكامه في باب السير والجهاد في الفقه الإسلامي، يتكلمون عن حقوق وواجبات الأفراد من ذميين ومستأمنين وما يتصل بهم في علاقاتهم مع الدولة الإسلامية. ومن ذلك ما نجده في المبسوط للسرخسي، فقد قال في أول كتاب السير ما نصه: (اعلم أن السير جمع سيرة وبه سمي هذا الكتاب لأنه يبين فيه سيرة المسلمين في المعاملة مع المشركين من أهل الحرب ومع أهل العهد منهم من المستأمنين وأهل الذمة ومع المرتدين الذين هم أخبث الكفار بالإنكار بعد الإقرار ومع أهل البغي الذين حالهم دون حال المشركين وإن كانوا جاهلين وفي التأويل مبطلين)[1]. وهذا الكلام يدل على أن الأفراد أيضاً من أشخاص القانون

(١) المبسوط ج١٠ ص ٢.

الدولي العام الإسلامي في نظر الفقهاء المسلمين. والواقع أن الكلام عن المستأمنين وأهل الذمة في باب السير له وجه ظاهر باعتبار أنهم في الأصل من أهل دار الحرب ثم دخلوا في الذمة والأمان، والكلام عن دار الحرب وأهلها من صميم أبحاث السير في الفقه الإسلامي وعلى هذا سنتكلم عن الدول أولاً ثم عن هؤلاء الأفراد ثانياً باعتبارهم من أشخاص القانون الدولي العام الإسلامي.

أولاً: الدول

٥٢٧ ـ قلنا فيما مضى من الكلام: إن الشريعة الإسلامية تأمر بإقامة دولة إسلامية، هذه الدولة هي التي يعبر عنها الفقهاء بـ: (دار الإسلام) وتضم جميع البلاد الإسلامية، قال الإمام ابن تيمية رحمه الله: «بلاد الإسلام كلها بمنزلة البلدة الواحدة»[١]. ومعنى ذلك أن دار الإسلام أو دولة الإسلام تعتبر واحدة غير متعددة، والتعدد عليها طارئ كما قلنا من قبل. ودار الإسلام عند الفقهاء تضم جميع البلاد التي يحكمها المسلمون ويطبقون فيها أحكام الشريعة الإسلامية[٢]. ولم يشترط الفقهاء لاعتبار الدار دار إسلام إلا حكمها من قبل المسلمين وتطبيق أحكام الإسلام فيها، فليس من شرط دار الإسلام أن يكون أهلها أو أكثرهم مسلمين بل يجوز أن تكون الدار دار إسلام حتى ولو لم يكن فيها مواطن مسلم ما دام حاكمها مسلماً ويطبق أحكام الإسلام، وفي هذا المعنى يقول فقهاء الشافعية: «وليس من شرط دار الإسلام أن يكون فيها مسلمون بل يكتفي كونها في يد الإمام وإسلامه»[٣]. ويلاحظ على هذا القول أنه لم يرد فيه شرط تطبيق أحكام الإسلام لاعتبار الدار دار إسلام، والسبب في ذلك أن تطبيق أحكام الإسلام أمر بديهي في نظر الفقهاء ما دامت الدار محكومة من قبل حاكم مسلم؛ لأن الشأن بالحكام المسلمين تطبيق الشريعة الإسلامية.

---

(١) فتاوى واختيارات ابن تيمية ج٤ ص ١٨٥.

(٢) شرح السير الكبير ج٣ ص ٨١، وشرح الأزهار ج٥ ص ٥٧١ ـ ٥٧٢، والسياسة الشرعية للشيخ عبد الوهاب خلاف ص ٦٩.

(٣) فتح العزيز شرح الوجيز للرافعي ج٨ ص ١٤.

أما دار الحرب فهي جميع البلاد الأخرى التي لا تجري فيها أحكام الإسلام ولا يحكمها المسلمون[١]. وبعض الفقهاء لا يذكر في تعريفه لدار الحرب عدم جريان أحكام الإسلام فيها وإنما يذكر فقط أن حكامها غير مسلمين وفي هذا المعنى قال الزيدية في تعريفهم لدار الحرب: «واعلم أن دار الحرب هي الدار التي شوكتها لأهل الكفر ولا ذمة من المسلمين عليهم»[٢]؟ والواقع أنه لا خلاف بين الاتجاهين في تعريف دار الحرب؛ لأن الاكتفاء بذكر كون الحاكم غير مسلم يتضمن عدم جريان أحكام الإسلام في هذه الدار؛ لأن الشأن في الحاكم غير المسلم أنه لا يطبق أحكام الإسلام.

٥٢٨ ـ وتصير دار الحرب دار إسلام بجريان أحكام الإسلام فيها ودخولها في السلطان السياسي لدار الإسلام وفي هذه الحالة تصير جزءاً منها، وتصير دار الإسلام دار حرب بإظهار أحكام الكفر فيها أي: تطبيق غير أحكام الإسلام، وهذا ما صرّح به الإمام أبو يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني وفقهاء الزيدية[٣].

٥٢٩ ـ والآن، وقد عرفنا المقصود بدار الإسلام ودار الحرب، فما موقف الأولى من الثانية؟ الجواب على هذا السؤال: أن الدولة الإسلامية تعترف بالدولة غير الإسلامية اعترافاً واقعياً لا شرعياً، وهذا هو الأساس الذي قامت عليه قواعد القانون الدولي الإسلامي والأصل الكبير الذي تفرعت منه جميع أنظمته وضوابطه وجزئياته، وفي ضوئه يمكننا فهم جميع جزئيات وأفكار قواعد هذا القانون، فلا بد من توضيح ذلك بإيجاز:

أ ـ الاعتراف الواقعي:

٥٣٠ ـ يقوم اعتراف الدولة الإسلامية بغيرها من الدول اعترافاً واقعياً على أساس وجودها المادي المحسوس، لأن ما هو موجود محسوس لا يمكن إنكاره.

(١) شرح النيل ج١٠ ص ٣٩٥، السياسة الشرعية لعبد الوهاب خلاف ص ٦٩.
(٢) شرح الأزهار ج٤ ص ٥٥١.
(٣) شرح السير الكبير ج٤ ص ٣٠٢ وما بعدها، البدائع للكاساني ج ٧ ص ١٣٠، الفتاوى الهندية ج٢ ص ٢٣٢، شرح الأزهار ج٢ ص ٥٧٢ ص ٥٧١.

ويتحقق هذا الوجود المادي بالقوة والمنعة، أي: بالقدرة الفعلية لهذه الدولة على بسط سلطانها على إقليمها ورعاياها. وعلى أساس هذا الاعتراف الواقعي تعقد الدولة الإسلامية معها المعاهدات وما يترتب عليها من التزامات، أو حل مشاكل معلقة أو تنظيم أمور تجارية فيما بينها. وعلى أساس هذا الاعتراف تسمح لرعاياها بالدخول إلى إقليم الدولة الإسلامية بالأمان وما يترتب عليه من أحكام وحقوق وواجبات بالنسبة للمستأمن ولدار الإسلام، وعلى أساس هذا الاعتراف الواقعي تعترف لها الدولة الإسلامية بسلطانها على أفرادها داخل إقليمها وبتمثيلها لهم، فترسل إليها تركة رعاياها الذين يموتون في دار الإسلام وليس معهم ورثتهم، جاء في المغني لابن قدامة الحنبلي في هذا المعنى ما نصه: «وقد نصَّ أحمد في رواية الأثرم فيمن دخل إلينا بأمان فقتل أنه يبعث بديته إلى ملكهم حتى يدفعها إلى الورثة»[1]. وهذا القول الصريح في اعتراف الدولة الإسلامية بتمثيل الدولة غير الإسلامية لرعاياها وبسلطانها عليهم داخل إقليمها. وفي شرح الزرقاني على مختصر خليل في فقه المالكية في مسألة مال المستأمن وديته إذا قتل في دار الإسلام، قال الشارح: «فماله لورثته فيرسل مع ديته لوارثه، فإن لم يكن وارث فصريح نصوصهم أنه لا حقّ فيه للمسلمين بل يبعث هو وديته لأهل بلاده»[2] ومعنى لأهل بلاده: إرساله إلى حكومته.

ب ـ عدم الاعتراف الشرعي:

٥٣١ ـ قلنا: إن الدولة الإسلامية لا تعترف اعترافاً شرعياً بوجود الدول غير الإسلامية، ويرجع ذلك إلى أن الدولة غير الإسلامية لا تقوم على أساس الإسلام ولا تتخذ أهدافه أهدافاً لها ولا شرعته قانوناً لها ومن ثم فهي في نظر الشريعة الإسلامية كيان باطل قام على أساس باطل، وما كان هذا شأنه ووصفه لا يمكن أبداً أن تعترف به الدولة الإسلامية اعترافاً شرعياً لأن شرعية الشيء وأحقيته تستمدان من مفاهيم الشريعة وأحكامها، والشريعة الإسلامية تعتبر ما لا يقوم على

(١) المغني ج٦ ص ٢٩٧.

(٢) شرح الزرقاني لمختصر خليل ج٨ ص ٢١٣.

أساس معانيها باطلاً قطعاً. وتأسيساً على هذا النظر فإن هذه الكيانات أي الدول غير الإسلامية التي تقوم على غير الإسلام وترفض أحكامه تعتبرها الدولة الإسلامية كيانات باطلة لا تستحق البقاء لأن الباطل منكر وفساد. والمنكر يجب أن يزال، وزواله يكون ببنائها من جديد على أساس الإسلام بأن يكون حكامها مسلمين ويكون قانونها هو القانون الإسلامي أي الشريعة الإسلامية. ويتم ذلك على اختيار بأن تعتنق الإسلام وتطبق قانونه، أو تخضع لسلطان الدولة الإسلامية السياسي وقانونها الإسلامي وعلامة ذلك التزامها بدفع الجزية. فإن لم تختر هذا أو ذاك كان على الدولة الإسلامية أن تقاتلها حتى تخضعها لسلطانها السياسي وقانونها الإسلامي فتصير من دار الإسلام. ومعنى ذلك كله أن الأصل في علاقة الدول الإسلامية بغيرها من الدول علاقة حرب لا سلم وأنَّ للدولة الإسلامية الحق في إخضاع الدولة غير الإسلامية لسلطانها السياسي وقانونها الإسلامي ولو بالقتال إذا رفضت هذا الخضوع باختيارها، ومعنى ذلك أيضاً أن السلم بين دار الإسلام ودار الحرب لا يكون إلا بمعاهدة، أو بإسلام دار الحرب أو استسلامها كما بيّنا. ولهذا سمى الفقهاء جميعاً الدول غير الإسلامية باسم (دار الحرب). واعتبروا الأصل في علاقة دار الإسلام بها علاقة الحرب، وأن السلم لا يكون إلا بأمان ـ أي عهد وذمة ـ أو إيمان أي ـ إسلام ـ ويريدون بذلك كله ما قررناه من حق الدولة الإسلامية في إخضاع دار الحرب لسلطانها وقانونها الإسلامي، وفي ضوء هذا الأصل الذي قال به الفقهاء نستطيع أن نفهم جميع الأحكام التي قالوها في علاقات دار الإسلام بدار الحرب. ومن أقوالهم المؤسسة على هذا الأصل الذي أصّلوه، قولهم: ويقاتل أهل الكتاب والمجوس ـ أي: الدول غير الإسلامية ـ حتى يسلموا أو يعطوا الجزية[1].

والواقع أن ما قلناه ووضحناه وقال بمضمونه الفقهاء هو الذي يدل عليه القرآن والسنة وأعمال الخلفاء الراشدين، ونذكر شيئاً من ذلك:

٥٣٢ ـ من القرآن، قال الله تعالى: ﴿وَقَٰتِلُوهُمْ حَتَّىٰ لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ ٱلدِّينُ لِلَّهِ﴾

(١) المغني ج٨ ص ٣٦٢، الكاساني ج٧ ص ١٠٠، «الأم» ٤/ ١٧٦ .

[البقرة: ١٩٣] والفتنة هي الكفر والشرك كما قال المفسرون[١]، وقال الإمام الجصاص في تفسيره هذه الآية ما نثبته بنصه قال: ﴿وَقَٰتِلُوهُمْ حَتَّىٰ لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ ٱلدِّينُ لِلَّهِ﴾ [البقرة: ١٩٣] يوجب فرض قتال الكفار حتى يتركوا الكفر، قال ابن عباس وقتادة ومجاهد والربيع أن الفتنة هنا الشرك.. وأما الدين فهو الانقياد لله بالطاعة.. والدين الشرعي هو الانقياد لله عز وجل والاستسلام له... ودين الله هو الإسلام لقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلدِّينَ عِندَ ٱللَّهِ ٱلْإِسْلَٰمُ﴾ [آل عمران: ١٩][٢]، والمقصود بقول الإمام الجصاص: حتى يتركوا الكفر أي: كفرهم المتعلق بالتشريع واتباع القانون الباطل، لأن التحليل والتحريم وتشريع الأحكام هو من الله وحده، لا يجوز لغيره، من نازع الله هذا الحق أو ادعاه لنفسه كان ذلك منه كفراً في نظر الشريعة الإسلامية يدل على هذا ما جاء في القرآن: ﴿أَمْ لَهُمْ شُرَكَٰٓؤُا۟ شَرَعُوا۟ لَهُم مِّنَ ٱلدِّينِ مَا لَمْ يَأْذَنۢ بِهِ ٱللَّهُ﴾ [الشورى: ٢١] كما يدل عليه الحديث الصحيح وفيه أن عدي بن حاتم الطائي قدم على رسول الله ﷺ فسمعه يقرأ قول الله تعالى: ﴿ٱتَّخَذُوٓا۟ أَحْبَارَهُمْ وَرُهْبَٰنَهُمْ أَرْبَابًا مِّن دُونِ ٱللَّهِ وَٱلْمَسِيحَ ٱبْنَ مَرْيَمَ وَمَآ أُمِرُوٓا۟ إِلَّا لِيَعْبُدُوٓا۟ إِلَٰهًا وَٰحِدًا ۖ لَّآ إِلَٰهَ إِلَّا هُوَ ۚ سُبْحَٰنَهُۥ عَمَّا يُشْرِكُونَ﴾ [التوبة: ٣١] فقال عدي: يا رسول الله إنهم لم يعبدوهم. قال له الرسول ﷺ: إنهم حرموا عليهم الحلال وأحلوا لهم الحرام فاتبعوهم فذلك عبادتهم لهم[٣]. فقتال دار الإسلام لأهل دار الحرب هو لإزالة النظام الباطل الذي يتبعونه ولا يتم هذا إلا بإخضاعهم لسلطان دار الإسلام، ويؤيد ذلك الآية الأخرى: ﴿قَٰتِلُوا۟ ٱلَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَلَا بِٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ ٱللَّهُ وَرَسُولُهُۥ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ ٱلْحَقِّ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ حَتَّىٰ يُعْطُوا۟ ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَٰغِرُونَ﴾ [التوبة: ٢٩]، فالآية صريحة في قتال دار الحرب حتى تخضع لسلطان دار الإسلام وعلامة ذلك دفع الجزية وتطبيق القانون الإسلامي عليهم، قال الشافعي: والصَّغار: أن تؤخذ منهم الجزية

---

(١) أحكام القرآن لابن العربي ج١ ص ٩٩ ـ ١٩٠.

(٢) أحكام القرآن للجصاص ج١ ص ٢٦٠ ـ ٢٦١.

(٣) تفسير ابن كثير ج٢ ص ٣٤٠ ـ ٣٤٨.

وتجري عليهم أحكام الإسلام[1]. فليس المقصود من قتال أهل دار الحرب حملهم على اعتناق الإسلام بالجبر والإكراه، فهذا ممنوع، قال تعالى: ﴿لَآ إِكۡرَاهَ فِي ٱلدِّينِۖ﴾ [البقرة: ٢٥٦]، لأنه لو كان هذا هو المقصود لما شرع عقد الذمة وبموجبه تقرّ الدولة الإسلامية بقاء غير المسلم على عقيدته ويلتزم بدفع الجزية وهي عنوان خضوعه لسلطان دار الإسلام وتبعيته لها. والحقيقة أن هذه المسألة واضحة جداً لا يجوز الخلط فيها، فقتال المسلمين لأهل دار الحرب هو لإخضاعهم لسلطان الدولة الإسلامية السياسي وإجراء أحكام الشريعة الإسلامية فيها وليس المقصود منه أبداً إجبار أي فرد من أهل دار الحرب على تغيير ديانته وعقيدته، والفقهاء يجمعون على هذا، ومن القواعد الشائعة عندهم (نتركهم وما يدينون)، وفي السنة النبوية سوابق لا تحصى في إقرار الرسول ﷺ غير المسلم على عقيدته إذا رضي بالذمة ودفع الجزية، ومن هذه السوابق عهده إلى أهل نجران، وفيه: «ولنجران وحاشيتها جوار الله وذمة محمد رسول الله على أموالهم وملتهم وبيعهم وكل ما تحت أيديهم من قليل أو كثير»[2].

٥٣٣ ـ وفي السنّة النبوية ما يؤيد حق الدولة الإسلامية بالتعرض لدار الحرب بالقتال إذا رفضت تغيير كيانها ونظامها عن طريق اختيارها الإسلام أو رفضت الخضوع الاختياري لسلطان الدولة الإسلامية، فقد وردت أحاديث كثيرة وفيها يأمر النبي ﷺ أمراء الجند عند توجههم إلى المشركين من أهل دار الحرب أن يدعوهم إلى الإسلام. فإن أبوا فإلى الجزية وما تتضمنه من الخضوع لسلطان الدولة الإسلامية فإن أبوا قاتلوهم حتى يخضعوهم قهراً لسلطان الدولة الإسلامية[3].

٥٣٤ ـ وأعمال الخلفاء الراشدين تؤيد ما قلناه وقاله الفقهاء، فإنهم فتحوا البلاد المجاورة وأبطلوا أنظمتها الباطلة ونفذوا فيها القانون الإسلامي وأدخلوها في سلطان الدولة الإسلامية وصارت جزءاً منها ولم ينكر عليهم أحد مطلقاً، فيكون هذا النهج مجمعاً عليه من قبل الجميع وهو أعظم إجماع قام على مسألة شرعية.

---

(١) مختصر المزني ج٨ ص ٢٧٧.

(٢) الخراج لأبي يوسف ص ٧٢.

(٣) الخراج لأبي يوسف ص ١٩٠، وصحيح مسلم ج٧ ص ٣١٠، وزاد المعاد ج٢ ص٦٥.

رأي ودفعه:

٥٣٥ ـ وقد ذهب بعض الفقهاء والكتّاب المحدثين[1] إلى أن الأصل في علاقة دار الإسلام بدار الحرب هي السلم لا الحرب ولا يغير هذه العلاقة إلا سبب من أسباب القتال المشروعة، وليس منها عندهم، ابتداء دار الإسلام مقاتلة دار الحرب لإخضاعها إلى سلطانها وحكمها ولتنفيذ الشريعة الإسلامية فيها على النحو الذي ذهبنا إليه وفصلنا القول فيه. واحتجوا لرأيهم ببعض الآيات مثل آية: ﴿وَإِن جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا﴾ [الأنفال: ٦١]، وبآية: ﴿وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ﴾ [البقرة: ١٩٠]، وبأن الحروب التي خاضها المسلمون في عصر النبي ﷺ وعصر الخلفاء الراشدين كلها حروب دفاعية لرد العدوان لحماية الدعوة والدعاة ومنع فتنتهم.

والواقع أن النصوص التي ذكرناها والسوابق في السنّة النبوية وأعمال الخلفاء الراشدين وأقوال الفقهاء كل ذلك لا يؤيد رأيهم ولا يساعد على الأخذ به. أما الآيات التي احتجوا بها فهي أيضاً لا تدل على الرأي الذي قالوه، ونبين هنا المقصود بهذه الآيات ثم نضيف إليها بعض ما نرد به هذا الرأي.

٥٣٦ ـ الآية الكريمة: ﴿۞ وَإِن جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا وَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ هُوَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ﴾ [الأنفال: ٦١]، السلم هنا الصلح والمهادنة، والآية مسوقة لبيان الحكم في حالة ضعف المسلمين ودولتهم وقوة العدو، فقد قال المفسرون في تفسيرها: «إن كان العدو كثيفاً فإنه يجوز مهادنتهم كما دلت هذه الآية، فإذا كان المسلمون على عزة وقوة فلا صلح، قال تعالى: ﴿فَلَا تَهِنُوا وَتَدْعُوا إِلَى السَّلْمِ وَأَنتُمُ الْأَعْلَوْنَ﴾ [محمد: ٣٥][2]».

وقال الإمام الجصاص في كتابه أحكام القرآن: «فالحال التي أمرنا فيها

(١) الشيخ رشيد رضا صاحب تفسير المنار في تفسيره، وفي كتابه الوحي المحمدي ص ٢٧١ ـ ٢٧٥، وأستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة في كتاب العلاقات الدولية في الإسلام وزميلنا الدكتور وهبة الزحيلي في رسالته آثار الحرب في الفقه الإسلامي.

(٢) أحكام القرآن لابن العربي ج٤ ص ٨٦٤، وتفسير ابن كثير ج٢ ص ٣٢٢ ـ ٣٢٣.

بالمسالمة حال قلة عدد المسلمين وكثرة عدوهم، والحال التي أمرنا فيها بقتال المشركين وبقتال أهل الكتاب حتى يعطوا الجزية في حال كثرة المسلمين وقوتهم على عدوهم وقد قال تعالى: ﴿وَلَا تَهِنُوا وَلَا تَحْزَنُوا وَأَنتُمُ الْأَعْلَوْنَ﴾ [آل عمران: ١٣٩] نهي عن المسالمة عند القوة على قهر العدو[1]. ومع هذا الرأي الذي قاله المفسرون يبدو لي أن من المستطاع القول: إن حكم الآية عام في جميع الأحوال حتى في حال قوة دار الإسلام، فيلزمها قبول المسالمة وترك القتال إذا رغبت في ذلك دار الحرب وآثرت السلم بالخضوع لسلطان دار الإسلام ودفعت الجزية عنواناً ودليلاً لهذا الموضوع».

٥٣٧ ـ والآية الكريمة: ﴿وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ﴾ [البقرة: ١٩٠] فقد قال فيها بعض المفسرين: إنها أول آية نزلت في القتال بالمدينة ثم أمر الله بقتال جميع المشركين، فهي على هذا التفسير تبين حكماً معيناً في حالة معينة هي حالة ضعف الدولة الإسلامية، فتوجب قتال من قاتلها دون من لم يبدأها بالقتال. وقال بعض آخر من المفسرين: أنها نزلت في النساء والذرية أي لا تقاتلوا إلا من يقاتل وهم الرجال البالغون أما النساء والذرية والرهبان فلا يجوز قتالهم لأنهم ليسوا من أهل القتال، وهذا تفسير قوي يؤيده نهي النبي ﷺ في آثار شائعة عن قتل النساء والولدان وأصحاب الصوامع[2]، وأما قوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ﴾ [البقرة: ١٩٠] فالاعتداء هنا معناه كما قال المفسرون: لا تقاتلوا على غير الدين ولا تقاتلوا إلا من قاتل وهم الرجال البالغون دون النساء والذرية والرهبان[3] وعلى هذا فلا يعني الاعتداء المنهي عنه قتال دار الإسلام لدار الحرب، لأن هذا القتال قتال على الدين أي لإقامة شرع الله في هذه الدار دار الحرب، ولأن المسلمين في قتالهم يستعملون حقاً لهم أو يقومون بواجب عليهم هو إزالة المنكر والفساد من الأرض المتمثل

(١) أحكام القرآن للجصاص ج٣ ص ٧٠.
(٢) الجصاص ج١ ص ٢٥٧، وابن العربي ج١ ص ١٠٤ ـ ١٠٥.
(٣) ابن العربي ج١ ص ١٠٤ ـ ١٠٥.

بهذه الكيانات الباطلة دار الحرب، ومن استعمل حقاً له أو قام بواجب عليه لا يصح وصفه بالاعتداء.

٥٣٨ ـ إن سورة التوبة هي من آخر ما نزل من القرآن وفيها آية الجزية، وهي قوله تعالى: ﴿قَٰتِلُوا۟ ٱلَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَلَا بِٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ ٱللَّهُ وَرَسُولُهُۥ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ ٱلْحَقِّ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ حَتَّىٰ يُعْطُوا۟ ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَٰغِرُونَ﴾ [التوبة: ٢٩] ومعنى هذه الآية واضح الدلالة في تقرير حق الدولة الإسلامية في قتال أهل دار الحرب ابتداء حتى يخضعوا لسلطان الدولة الإسلامية ولقانونها الإسلامي، وحيث أن هذه الآية متأخرة في النزول عن آية: ﴿وَقَٰتِلُوا۟ فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ ٱلَّذِينَ يُقَٰتِلُونَكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٠] فتكون هي واجبة التطبيق باعتبارها ناسخة لما قبلها لأن المتأخر في التشريع ينسخ المتقدم عليه. وهذا الوجه وإن كان قد قاله جمع كثير من الفقهاء والمفسرين، ولكن الذي أرجحه أن آيات القتال وما يتعلق بها نزلت في أحوال مختلفة، لتعالج حالات معينة فهي كلها نافذة ويعمل بها إذا وجدت ظروفها وحالاتها، ففي حال ضعف الدولة الإسلامية لا تبدأ غيرها بقتال ولا ترفض صلحاً ولا مسالمة، وتكتفي بالرد على من يبدؤها بالقتال، وكما دلت على هذا الآيات التي احتجوا بها، وفي حال قوة الدولة الإسلامية تبدأ هي بالقتال ولا تقبل المسالمة حتى يزال الكيان الباطل، كيان دار الحرب، كما دلت على هذا الآيات التي ذكرناها لتأييد ما ذهبنا وذهب إليه الفقهاء، فلا نسخ ولا تعارض بين الآيات وإنما هي أحكام لحالات مختلفة يطبق كل حكم منها في حالته وظروفه وهذا ما أشار إليه بعض المفسرين، وقد استقر الأمر ـ كما قال الفقيه المشهور ابن قيم الجوزية ـ على مقاتلة جميع المشركين إذا كان في المسلمين قوة[1].

طبيعة الدولة الإسلامية وأهدافها:

٥٣٩ ـ ومما يؤيد ما قلناه ويدفع الرأي الذي قالوه، طبيعة الدولة الإسلامية

---

(١) زاد المعاد ج٢ ص ٨١ ـ ٨٢.

وأهدافها، فمن المعلوم أن الدولة الإسلامية دولة فكرية قامت على أساس العقيدة الإسلامية، وقانونها هو ما قام على هذه العقيدة أو انبثق عنها من نظم وأفكار وأحكام، فهي إذن، ليست دولة إقليمية محدودة بالحدود الأرضية، ولا هي دولة عنصرية محدودة بحدود الجنس المعين، وإنما هي كما قلنا دولة فكرية، تؤهلها عقيدتها أن تكون دولة عالمية تضم مختلف الأجناس والأقوام إذ باستطاعة أي إنسان أن يعتنق عقيدتها فيكون من رعاياها وحملة فكرتها وجنسيتها، ومن يرفض ذلك فإنه يستطيع العيش في حمايتها وفي ظل نظامها القانوني ويحمل جنسيتها ويبقى على عقيدته دون مضايقة ولا إكراه.

أما أهداف هذه الدولة فهي مشتقة من طبيعتها فما دامت هي دولة فكرية قامت على أساس الإسلام فمن البديهي أن تكون أهدافها هي أهداف الإسلام ذاته، فلا تقف أهدافها عند حد توفير العيش الكريم لرعاياها وتحقيق الأمن والطمأنينة لهم، ورد الاعتداء الخارجي عنهم. وإنما أهدافها إلى أبعد من ذلك، إلى إسعاد البشر كلهم بحمل الإسلام إليهم، لأن الإسلام دعوة عالمية قال تعالى: ﴿قُلْ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ إِنِّى رَسُولُ ٱللَّهِ إِلَيْكُمْ جَمِيعًا﴾ [الأعراف: ١٥٨] ﴿وَمَآ أَرْسَلْنَٰكَ إِلَّا كَآفَّةً لِّلنَّاسِ بَشِيرًا وَنَذِيرًا﴾ [سبأ: ٢٨] ولهذا يخاطب القرآن الناس جميعاً بصفتهم البشرية ويدعوهم إلى نوره وهداه فيقول لهم: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱعْبُدُوا۟ رَبَّكُمُ﴾ [البقرة: ٢١] ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱتَّقُوا۟ رَبَّكُمُ﴾ [النساء: ١]، ﴿يَٰبَنِىٓ ءَادَمَ خُذُوا۟ زِينَتَكُمْ عِندَ كُلِّ مَسْجِدٍ﴾ [الأعراف: ٣١] وما دام الإسلام دعوة عالمية وهو نعمة الله للبشر فمن حق البشر جميعاً أن تصل إليهم نعمة ربهم حتى يظفروا بالسعادة التي يقدمها إليهم ربهم عن طريق هذه النعمة، الإسلام. وهذا لا يتم إلا بإزالة العوائق التي تمنع من وصول نور الإسلام إليهم وأكبر هذه العوائق وجود الكيانات الباطلة التي تحجز رعاياها عن نور الإسلام وتحكم بغير شرع الله والتي سماها الفقهاء بـ: (دار الحرب) وإزالتها لا تكون غالباً إلا بالقوة، والقوة لا تكون إلا بالدولة، ولهذا أمر الله بإقامة الدولة، وأمرها بإعداد أقصى ما تستطيعه من قوة قال تعالى: ﴿وَأَعِدُّوا۟ لَهُم مَّا ٱسْتَطَعْتُم مِّن قُوَّةٍ﴾ [الأنفال: ٦٠] لتحمي بها الحق الذي جاء به الإسلام فلا بد للحق من قوة تحميه وتشيعه في الأرض وتزيل العوائق من طريقه، وهذه هي مهمة الدولة الإسلامية وهدفها الكبير. وقد أشار القرآن

إليه قال تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ إِن مَّكَّنَّٰهُمْ فِي ٱلْأَرْضِ أَقَامُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتَوُا۟ ٱلزَّكَوٰةَ وَأَمَرُوا۟ بِٱلْمَعْرُوفِ وَنَهَوْا۟ عَنِ ٱلْمُنكَرِ ۗ وَلِلَّهِ عَٰقِبَةُ ٱلْأُمُورِ﴾ [الحج: ٤١]. فإذا ما تمّ ذلك وزالت العوائق وانهارت الكيانات الباطلة ونفذ شرع الله في الأرض، تركت الدولة الإسلامية الأفراد أحراراً يرون الإسلام بأنفسهم ويلمسونه بأيديهم فمن شاء منهم الإسلام ورضيه واختاره ظفر بالسعادة الحقيقية ورضوان الله، ومن رفضه وآثر غيره عليه لم يكره على غير ما آثره واختاره وفاتته هذه السعادة ورضوان الله وإن لم يفته عدل الإسلام وحماية دولة الإسلام.

٥٤٠ ـ فقتال دار الإسلام لدار الحرب هو في مصلحة أهل هذه الدار لأن الغرض منه إسعادهم وإيصال الحق إليهم ورفع حكم الطواغيت عنهم، ولا تريد دولة الإسلام من وراء ذلك جزاء ولا شكوراً ولا استعلاء في الأرض ولا فساداً إنما تريد مرضاة الله وحده... ولكن أهل دار الحرب من جهلهم يقاومون دار الإسلام ويقاتلون من يريد بهم هذا الخير ويدافعون عن الباطل والضلال الذي هم فيه، وإلى هذه المعاني أشار القرآن، قال تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ يُقَٰتِلُونَ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ ۖ وَٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ يُقَٰتِلُونَ فِي سَبِيلِ ٱلطَّٰغُوتِ﴾ [النساء: ٧٦] فالقتال في الإسلام هو دائماً في سبيل الله ولهذا قرن به في آيات القتال.

ثانياً: الأفراد

٥٤١ ـ الأفراد من أشخاص القانون الدولي الإسلامي، كما استظهرنا ذلك من منهج الفقهاء المسلمين في كتاباتهم في باب السير والجهاد.

والواقع أن هناك ثلاثة أصناف من الناس تقيم على إقليم الدولة الإسلامية: المسلمون، والذميون، والمستأمنون. أما المسلمون فهم يرتبطون مع الدولة برباط العقيدة الإسلامية ويحملون جنسيتها على هذا الأساس. وأما الذميون فهم يرتبطون مع الدولة برباط عقد الذمة، ويحملون جنسيتها على هذا الأساس، وأما المستأمنون فهم الأجانب عن دار الإسلام ويرتبطون مع الدولة الإسلامية بعقد الأمان المؤقت وعلى أساسه يمكنون من الإقامة المؤقتة في إقليم الدولة.

ونتكلم عن أفراد الصنفين الأخيرين فقط باعتبارهم من أشخاص القانون

الإسلامي لأنهم في الأصل من أهل دار الحرب وارتبطوا مع الدولة الإسلامية بعقد الذمة أو الأمان المؤقت.

أ ـ الذميون

٥٤٢ ـ الذمي هو غير المسلم الذي قبل الرعوية الإسلامية التبعية لدار الإسلام بموجب عقد معها يسمى عقد الذمة. ويشترط لهذا العقد الإيجاب والقبول كما هو الشأن في إبرام العقود ويجوز إبرام عقد الذمة لجميع أصناف غير المسلمين. وهذا هو مذهب الأوزاعي ومالك وظاهر مذهب الزيدية وهو الراجح في النظر والأثر(١).

ومن طلب عقد الذمة من غير المسلمين وجب على الدولة إجابة طلبه إلا إذا رأت المصلحة في رفض الطلب.

ما يقوم مقام عقد الذمة:

٥٤٣ ـ ويقوم مقام عقد الذمة الصريح ولصيرورة غير المسلم ذمياً القرائن الدالة على رضاه بالذمة والتبعية لدار الإسلام، ومن هذه القرائن استمرار إقامته في دار الإسلام بعد أن دخلها بأمان مؤقت بالرغم من إنذاره بلزوم الخروج منها(٢). ومن هذه القرائن الزواج، فإذا تزوجت المستأمنة مسلماً أو ذمياً صارت ذمية تبعاً له باعتبار أن زواجها منه وهو أهل دار الإسلام قرينة على رضاها بالدخول في الذمة والتبعية لدار الإسلام لتستطيع البقاء مع زوجها في دار الإسلام(٣).

وهناك الذمة بالتبعية، وهذه أيضاً تقوم مقام عقد الذمة الصريح، فالصغار يتبعون أبويهم أو أحدهما في الذمة، فإن كان أحدهما ذمياً صاروا ذميين، وكذلك إن كان أحدهما مسلماً صاروا ذميين من أهل دار الإسلام(٤).

---

(١) تفسير القرطبي، شرح الموطأ للزرقاني ج٢ ص ١٣٩، مواهب الجليل للحطاب ج٣ ص ٣٨١، الروض النضير ج٤ ص ٣١٧ ـ ٣٠٨ زاد المعاد لابن القيم ج٢ ص ٨٠.
(٢) المبسوط ج١٠ ص ٨٤.
(٣) شرح السير الكبير ج٤ ص ١٥.
(٤) شرح السير الكبير ج ٤ ص١١٩ ـ ١٢٠.

شروط عقد الذمة وصفته:

٥٤٤ ـ والشرط لصحة عقد الذمة أن يكون مؤبداً فلا يصح مع التوقيت كما يشترط لصحته إعطاء الجزية والتزام أحكام الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات، والمعاملات عند الفقهاء تشمل جميع روابط القانون الخاص والعام، وعقد الذمة لازم في دار الإسلام فلا تملك نقضه إذا لم يظهر من الذمي ما يدعو إلى نقضه أو انتقاضه، وهو غير لازم بالنسبة للذمي إذ يحتمل النقض من جهته، والفقهاء مختلفون في بعض ما ينتقض به فعند الحنفية ينتقض بإسلامه وهذا واضح ومع وضوحه ذكروه، وكذلك ينتقض بلحاقه بدار الحرب أو بقيامه مع غيره من الذميين بمحاربة الدولة الإسلامية[1].

ومن الفقهاء من توسع فيما ينتقض به عقد الذمة فذكر أشياء ينتقض بها العقد لم يقل بها الأحناف وإن قالوا بمعاقبته عليها وفقاً لقانون الدولة الإسلامية، ومن هذه الأشياء طعنه في الإسلام أو قطعه الطريق على مسلم أو فتنته له عن دينه. ومن الجدير بالملاحظة هنا أن الفقهاء حتى المتوسعين فيما ينتقض به عقد الذمة، قصروا حكم النقض على من قام فيه سبب النقض فلا يسري على غيره ممن دخل في الذمة تبعاً كالأولاد الصغار وهذا الاتجاه يتفق والأصل المقطوع به في الإسلام وهو عدم مؤاخذة الإنسان بجريرة غيره. قال تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [الأنعَام: ١٦٤] كما يرجع هذا الأصل إلى مبدأ العدالة في القانون الدولي الإسلامي الذي ذكرناه فيما سبق.

جنسية الذمي:

٥٤٥ ـ والذمي يتمتع بجنسية دار الإسلام، لأن جنسية الدولة الإسلامية تقوم على الإيمان أو الأمان، أي بإسلام الشخص أو بعقد الذمة، ولهذا نجد الفقهاء يقولون عن الذمي: إنه من أهل دار الإسلام وإنه بعقد الذمة صار من أهل دار الإسلام[2] وأهل دار الإسلام كما هو معلوم يحملون جنسيتها.

---

(١) الهداية وفتح القدير ج٤ ص ٣٨٢.

(٢) المبسوط ج ١٠ ص ٢٨١، الكاساني ج٥ ص ٢٨١.

حقوق الذميين وواجباتهم:

٥٤٦ ـ القاعدة العامة في حقوقهم وواجباتهم في دار الإسلام أنهم فيها كالمسلمين إلا ما استثني، حتى شاع بين الفقهاء القول المشهور: «لهم ما لنا وعليهم ما علينا» وهناك آثار قديمة بهذا المعنى، فقد روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال: «إنما قبلوا عقد الذمة لتكون أموالهم كأموالنا ودماؤهم كدمائنا»(١). وفي شرح السير الكبير: «ولأنهم قبلوا عقد الذمة لتكون أموالهم وحقوقهم كأموال المسلمين وحقوقهم»(٢).

أما الاستثناءات القليلة التي ترد على هذه القاعدة فمردها أن بعض الحقوق والواجبات تستلزم العقيدة الإسلامية أو تقوم عليها أو تتصل بها، ولا يكفي للتمتع بها أو الالتزام بها توافر عنصر المواطنة والجنسية في الشخص. والحقيقة أن استثناء بعض المواطنين من بعض الحقوق والواجبات مسألة داخلية مأخوذ بها بين الدول وتهم الدولة وحدها وهي حرة في تنظيم تمتع المواطنين بالحياة القانونية فقد تساوي بينهم وقد تفرق(٣) ولا شك أن الدولة عندما تفرق بين المواطنين في بعض الحقوق والواجبات إنما تقيم هذه التفرقة على أساس اختلافهم في بعض الأوصاف التي تراها كافية لتبرير هذه التفرقة، والدولة الإسلامية تعتبر الوصف الديني هو الأساس المقبول للتمييز بين المواطنين ببعض الحقوق والواجبات لأنها محكومة بالإسلام ولا تملك الخروج على أحكامه، والإسلام يشترط للتمتع ببعض الحقوق والتحمل ببعض الواجبات توافر العقيدة الإسلامية في المواطن. وعلى هذا الأساس لا يكلف الذمي بأداء الزكاة ولا بواجب الجهاد والقتال عن دار الإسلام، كما لا يجوز له تولي منصب رئاسة الدولة ونحوه، لأن هذه الأمور يشترط لها توافر العقيدة الإسلامية في الشخص.

الحقوق السياسية للذمي:

٥٤٧ ـ الحقوق السياسية، هي الحقوق التي يكتسبها الشخص باعتباره عضواً في

---

(١) الكاساني ج٧ ص ١١١. وسنن الدارقطني ج٢ ص ٣٥٠.

(٢) شرح السير الكبير ج٣ ص ٢٥٠.

(٣) القانون الدولي الخاص المصري للدكتور عز الدين عبد الله ج١ ص ٣٥٥.

هيئة سياسية مثل حق تولي الوظائف العامة وحق الانتخاب والترشيح، وهي الحقوق التي يساهم الفرد بواسطتها في إدارة شؤون البلاد أو حكمها[١].

وإذا نظرنا إلى هذه الحقوق بالنسبة للذمي، فإننا نلاحظ أنه ليس فيها كالمواطن المسلم، فليس له تولي بعض الوظائف العامة مثل رئاسة الدولة، والإمارة على الجهاد لأن رئاسة الدولة الإسلامية، أو كما يعبر عنها الفقهاء الإمامة، هي خلافة عن صاحب الشرع في حراسة الدين وسياسة الدنيا به كما يقول الفقهاء[٢] فمن البديهي أن لا يتولى هذا المنصب إلا من يدين بالإسلام، أما الجهاد، والقتال من أنواعه، وهو يقوم على معنى ديني، فمن البديهي أن لا يكلف به ولا تناط أعماله إلا بمن يدين بالإسلام، ومع هذا فإذا رغب الذمي في الاشتراك به كان له ذلك ولكن لا يكون أميراً فيه، ويجوز للذمي أن يتولى وزارة التنفيذ، ووزير التنفيذ كما قال الفقهاء يبلغ أوامر الإمام ويقوم بتنفيذها ويمضي ما يصدر عنه من أحكام وقرارات[٣] كما نص الفقهاء على جواز إسناد وظائف أخرى للذمي مثل جباية الخراج والجزية[٤] والواقع أن مركز الذمي من ناحية إسناد الوظائف العامة إليه ليس مما يدعو إلى الاستغراب إذا ما علمنا أن تولي الوظائف العامة في نظر الشريعة الإسلامية تكليف وليس بحق، تكليف من الدولة للفرد للقيام بهذه الوظائف، وليس حقاً له على الدولة. فمن البديهي أن الدولة الإسلامية لا تكلف أحداً للقيام بإدارة شؤون الدولة لا سيما المهمة منها إلا من يؤمن بعقيدتها وهدفها ونظامها. وهكذا القول في الحقوق السياسية الأخرى للذمي، فليس له مثلاً حق انتخاب الإمام أي رئيس الدولة الإسلامية لأن هذا الانتخاب يقوم على أساس الحرص على اختيار الأصلح لتنفيذ الشرع الإسلامي، وهذا الحرص يستلزم توافر العقيدة الإسلامية في الشخص إذ بدونها لا يتصور هذا الحرص ولا الاهتمام به ولا الاختيار على أساسه.

---

(١) أصول القانون للدكتور السنهوري وحشمت أبي ستيت ص ٢٦٨، والقانون الدولي الخاص لأستاذنا الدكتور جابر جاد ج١ ص٢٧٢.

(٢) مقدمة ابن خلدون ص ١٩١، الأحكام السلطانية للماوردي ص ٣.

(٣) الماوردي ص ٢٥.

(٤) الأحكام السلطانية لأبي يعلى ص ١٢٤.

الحقوق العامة للذمي:

٥٤٨ ـ الحقوق العامة هي الحقوق الضرورية للإنسان باعتباره فرداً في مجتمع ولا يمكنه الاستغناء عنها. وهذه الحقوق مقررة لحماية الشخص في نفسه وحريته وماله: كالحق في التنقل وفي الاعتقاد وحرمة المسكن وغيرها[1]. والذمي يتمتع بهذه الحقوق العامة مثل حرية الرواح والمجيء وحماية شخصه، من أي اعتداء وعدم جواز حبسه أو توقيفه أو معاقبته إلا بمقتضى القانون الإسلامي، وكذا حريته في التنقل داخل إقليم الدولة وحريته في الخروج منها والعودة إليها.

ومن الوثائق المهمة المقررة لهذه الحقوق عهد النبي ﷺ لأهل نجران، وفيه: «لا يؤخذ منهم رجل بظلم آخر» وهذا فضلاً عن الأحاديث النبوية الكثيرة في لزوم حماية الدولة الإسلامية لأهل الذمة ودفع أي أذًى عنهم، وكذلك أوامر الخلفاء الراشدين للولاة والعمال بلزوم رعاية أهل الذمة، وجاء الفقهاء وسلكوا نفس المسلك ونهجوا نفس المنهج فقرروا الأحكام التي تقضي بحماية الذمي في نفسه وماله وعرضه وحريته حتى أنهم لم ينسوهم وهم يتكلمون عن وجائب المحتسب فقالوا: إن عليه أن يمنع المسلمين من التعرض لهم بسب أو أذًى ويؤدب من يفعل هذا بهم[2] وفي كتاب الخراج لأبي يوسف الذي جعله الرشيد قانوناً للدولة الإسلامية وصايا كثيرة بهم حتى «لا يظلموا أو لا يؤذوا ولا يكلفوا فوق طاقتهم» كما قال أبو يوسف رحمه الله. وإذا ما خرج بعض حكّام المسلمين عن هذه الحدود وواجب الرعاية لهم بتأويل أو بتعسف أنكر عليه الفقهاء، وقد حفظ لنا التاريخ وثيقة مهمة في الإنكار على الحكام لمصلحة أهل الذمة، فقد أنكر الفقيه الأوزاعي على أمير الشام صالح بن عبد الله بن عباس عندما أجلى أهل الذمة من جبل لبنان بعد أن ثبت من بعضهم التجسس لحساب الروم واللحاق بهم، كتب له الأوزاعي ينكر عليه فعله ومما قاله في كتابه له:

وقد كان من أجلاء أهل الذمة من جبل لبنان من لم يكن ممالئاً لمن خرج على

---

(١) أصول القانون للسنهوري ص ٢٦٨.

(٢) الماوردي ص ٣٤٧.

خروجه ممن قتلت بعضهم ورددت باقيهم إلى قراهم ما قد علمت، فكيف تؤخذ عامة بذنوب خاصة حتى يخرجوا من ديارهم وأموالهم، وحكم الله تعالى: ﴿أَلَّا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [النّجم: ٣٨] ثم يقول في رسالته: «فإنهم ليسوا بعبيد فتكون من تحويلهم من بلد إلى بلد في سعة ولكنهم أحرار أهل ذمة»[١].

٥٤٩ ـ والتزام الدولة الإسلامية بالمحافظة على أهل الذمة لا يقف عند حد حمايتهم من الاعتداءات الداخلية من قبل المواطنين أو من قبل موظفي الدولة بل يمتد إلى حمايتهم من أي اعتداء خارجي قد يتعرضون له وحدهم، ولهذا رد أبو عبيدة بن الجراح الجزية التي استوفوها من بعض قرى أهل الذمة في الشام لما غلب على ظنه عدم قدرته على حمايتهم لاحتمال عودة الروم ومهاجمتهم لهذه القرى. وإذا ما وقع الذميون أسرى بيد العدو فعلى الدولة الإسلامية استنقاذهم ولو بدفع الفداء عنهم من بيت المال، قال الفقيه الكبير الليث بن سعد فقيه مصر: «أرى أن يفدوهم من بيت المال ويقرون على ذمتهم»[٢].

حرية العقيدة:

٥٥٠ ـ ويتمتع الذمي بحرية العقيدة، ولا يجوز إكراهه على تبديل عقيدته؛ لأن المبدأ الإسلامي الثابت ﴿لَآ إِكْرَاهَ فِي ٱلدِّينِۖ﴾ [البقرة: ٢٥٦] وبناء على هذا الأصل يجوز للذمي مباشرة شعائره الدينية، وهناك وثائق قديمة جداً تؤكد هذا المعنى، ومن ذلك ما جاء بمعاهدة خالد بن الوليد القائد الإسلامي المعروف مع أهل عانات وذكرها الإمام أبو يوسف في كتابه الخراج محتجاً بما جاء فيها، فقد ورد فيها: «ولهم أن يضربوا نواقيسهم في أي ساعة شاؤوا من ليل أو نهار إلا في أوقات الصلوات وأن يخرجوا الصلبان في أيام عيدهم»[٣] ومثل هذه المعاهدة معاهدته أيضاً مع أهل قرقيسياء وهي بلدة على الخابور[٤].

---

(١) تاريخ البلاذري ص ٢٢٢، والأموال لأبي عبيد ص ١٧٠ ـ ١٧١.
(٢) الأموال لأبي عبيد ص ١٢٧.
(٣) الخراج لأبي يوسف ١٤٦.
(٤) الخراج لأبي يوسف ١٤٧.

كفالة الدولة للذمي:

٥٥١ ـ ويتمتع الذمي بكفالة الدولة الإسلامية له عند الفقر والعجز والعوز، ومن السوابق المهمة في تقرير هذا الالتزام على الدولة الإسلامية تجاه الذمي ما جاء في معاهدة خالد بن الوليد لأهل الحيرة وفيها: «وجعلت لهم أيما شيخ ضعف عن العمل أو أصابته آفة من الآفات أو كان غنياً فافتقر وصار أهل دينه يتصدقون عليه طرحت جزيته وعيل من بيت مال المسلمين ما أقام بدار الهجرة ودار الإسلام»[١]. والواقع أن قيام الدولة الإسلامية بالضمان الاجتماعي للذمي وكفالته عند الحاجة من الأمور الثابتة المقررة شرعاً، وذكره في المعاهدات من قبيل التأكيد له والكشف عن وجوده في القانون الإسلامي وفي سياسة الدولة ولهذا نجد الخلفاء يسيرون على هذا المبدأ، من ذلك أن عمر بن الخطاب عند مقدمه إلى الشام مر بقوم مجذومين من النصارى فأمر أن يعطوا من بيت المال وأن يجرى عليهم القوت[٢]. ومن السوابق المهمة المقررة لهذا المبدأ في قانون الدولة الإسلامية كتاب الخليفة الفقيه عمر بن عبد العزيز، إلى عامله على البصرة عدي بن أرطأة فقد جاء فيه: «أما بعد.. وانظر من قبلك من أهل الذمة قد كبرت سنه وضعفت قوته وولت عنه المكاسب فأجر عليه من بيت مال المسلمين ما يصلحه..»[٣].

الحقوق الخاصة للذمي:

٥٥٢ ـ الحقوق الخاصة هي التي تنشأ عن علاقات الأفراد فيما بينهم وفقاً لأحكام هذا القانون الخاص سواء أكانت هذه العلاقات علاقات عائلية أم مالية[٤]. والذمي يتمتع بهذه الحقوق فله أن ينشئ أسرة عن طريق الزواج ويتمتع بجميع حقوق الأسرة من نفقة وإرث ونحو ذلك وحق الملكية بالنسبة له مصون وقد قال

---

(١) الخراج لأبي يوسف ١٤٤.

(٢) تاريخ البلاذري ص ١٧٧.

(٣) الأموال لأبي عبيد ص ٤٥ ـ ٤٦.

(٤) القانون الدولي الخاص للدكتور جابر جاد ج١ ص ٣١٧. والقانون الدولي الخاص للدكتور عز الدين عبد الله ج١ ص ٣٨٣.

الفقهاء: «حكم أموالهم حكم أموال المسلمين»[1] وأن الذمي في المعاملات كالمسلم، وله مباشرة التصرفات القانونية لكسب الأموال والتمتع بثمرة كسبه، وقد قال الفقهاء: (الذميون في المعاملات والتجارات والبيوع وسائر التصرفات كالمسلمين أما الربا فهو محظور عليهم كالمسلمين)[2].

واجبات الذمي نحو الدولة:

٥٥٣ ـ على الذمي بعض الواجبات نحو الدولة الإسلامية، منها الجزية، وهي ضريبة مالية زهيدة تجب على الرجل البالغ العاقل غير العاجز القادر على دفعها فلا تجب على امرأة أو صبي أو مجنون أو هرم أو عاجز عن دفعها، وهي ليست عقوبة على بقائه على دينه وإلا لفرضت على الجميع، وإنما وجبت بدلاً عن الدفاع عن دار الإسلام الذي لا يجب عليهم.

ومن واجبات الذمي أداء الضريبة على أمواله التجارية إذا اتّجر بها في إقليم الدولة وهي التي يسميها الفقهاء بالعشور، وهذه لا تجب على المسلم لأنه يدفع عن أمواله التجارية زكاة والذمي لا يدفع الزكاة.

وعلى الذمي الامتناع عما يعتبره إخلالاً بالنظام العام للدولة الإسلامية مثل الطعن بالإسلام أو بالمسلمين أو إظهار الخمور وبيعها في أمصار المسلمين أو إظهار ما يحرمه القانون الإسلامي.

ب ـ المستأمن

٥٥٤ ـ المستأمن (بكسر الميم) طالب الأمان، (وبفتح الميم) من صار آمناً، وفي الاصطلاح الفقهي الحربي، أي غير المسلم التابع لدولة غير إسلامية، إذا دخل إقليم الدولة الإسلامية بإذن منها، وهذا الأذن يسميه الفقهاء الأمان المؤقت، فالمستأمن إذن، يقابل الأجنبي في اصطلاحنا القانوني.

(١) المغني ج٢ ص ٤٤٤.

(٢) أحكام القرآن للجصاص ج٢ ص ٤٣٦.

أنواع الأمان المؤقت:

٥٥٥ ـ والأمان المؤقت الذي يصير به الحربي ـ أي الأجنبي ـ مستأمناً أنواع:

أولاً: الأمان المؤقت الخاص: وهو الذي يعطي لواحد أو عدد قليل ويجوز لآحاد المسلمين منحه لقوله ﷺ: «المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم» لكن إذا نهى الإمام الناس عن التأمين فأمنوا فإن أمانهم لا ينفذ إلا إذا أجازه الإمام ـ أي الحكومة ـ فإن لم يجزه أخرج الأجنبي من دار الإسلام وهذا ما صرح به فقهاء المالكية(١).

ثانياً: الأمان المؤقت العام: وهو الذي يعطيه إمام المسلمين أي رئيس الدولة الإسلامية لجميع الأجانب أو إلى جمع منهم غير محصور، وهذا الأمان لا يصح من غير الإمام أو نائبه فلا يصح من آحاد المسلمين لما فيه من الافتيات عليه.

ثالثاً: الأمان بالموادعة: وهي المعاهدة مع دار الحرب على ترك القتال، وتسمى بالمعاهدة والمسالمة والمهادنة ويترتب عليها أن الموادعين يمكنهم الدخول إلى دار الإسلام بأمان الموادعة ولا يحتاجون إلى أمان جديد ويعتبر الداخل منهم دار الإسلام بمنزلة المستأمن(٢).

رابعاً: الأمان المؤقت بالعرف والعادة: وهذا يكون بالنسبة للأشخاص الذين قضى العرف بدخولهم دار الإسلام بلا حاجة إلى استحصال إذن مسبق منها ومن هؤلاء رسل دار الحرب والتجار(٣).

خامساً: الأمان المؤقت بالتبعية: وهذا يشمل الأشخاص الذين يدخلون في أمان غيرهم تبعاً له ولا يحتاجون إلى أمان مستقل لهم، مثل صغار المستأمن يدخلون في أمانه تبعاً فيدخلون معه دار الإسلام؛ جاء في البحر الزخار في فقه الزيدية: «وإذا دخل حربي دار الإسلام بأمان عم نفسه وأولاده الصغار وماله»(٤).

---

(١) شرح الزرقاني على مختصر خليل ج٣ ص ١١٢.

(٢) شرح السير الكبير ج٤ ص ١٣٣.

(٣) المبسوط ج١٠ ص ٩٢ ـ ٩٣، واختلاف الفقهاء للطبري ص ٣٢ ـ ٣٣.

(٤) البحر الزخار ج٥ ص ٤٥٥.

والحنفية وسعوا دائرة الأمان بالتبعية شاملاً لزوجة المستأمن وبناته الكبار بل وقالوا أيضاً: ويشمل أخته إن كان يعولها[١].

الحقوق العامة للمستأمن:

٥٥٦ ـ من المسلّم به في الوقت الحاضر بين الدول أن على الدولة أن تعترف للأجنبي بالحد الأدنى من الحقوق العامة الذي يكفله له القانون الدولي العام وهي في ما وراء هذا الحد حرةً فيما تقرره له من حقوق. والواقع أن مركز الأجنبي ازداد أهمية في القانون الدولي العام بعد صدور ميثاق الأمم المتحدة وبيان حقوق الإنسان الصادر بموجب هذا الميثاق من قبل الجمعية العمومية للأمم المتحدة في ١٠ كانون الأول لسنة ١٩٤٨.

٥٥٧ ـ وإذا نظرنا إلى هذه المسألة في نطاق القانون الدولي الإسلامي نجد أن المستأمن في دار الإسلام يتمتع بقدر كبير من الحقوق العامة، فقد قال الفقهاء: إن المستأمن بمنزلة أهل الذمة في دارنا[٢]. وعلى هذا فإن القاعدة في تمتع المستأمن بالحقوق العامة أنه فيها كالذمي إلا في استثناءات قليلة جداً اقتضتها طبيعة كون المستأمن أجنبياً عن دار الإسلام، ومهما يكن من هذه الاستثناءات فإن ما يتمتع به المستأمن في دار الإسلام في ظل قانونها أكثر بكثير من الحد الأدنى من الحقوق الذي تطالب به الدول بمقتضى القانون الدولي العام في الوقت الحاضر.

أنواع الحقوق العامة للمستأمن:

٥٥٨ ـ فمن الحقوق العامة التي يتمتع بها المستأمن ـ أي: الأجنبي ـ في دار الإسلام ما يأتي:

أولاً: حقه في دخول دار الإسلام:

دار الإسلام ليست مغلقة الأبواب في وجوه الأجانب بل العكس هو الصحيح فالأجنبي يدخل دار الإسلام بأمان أي بإذن من دار الإسلام أو من آحاد المسلمين،

---

(١) شرح السير الكبير ج١ ص ٣٤٥ ـ ٣٤٧.

(٢) شرح السير الكبير ج٢ ص ٢٢٦.

كما ذكرناه ويدخل بهذا الأمان حتى في حالة قيام الحرب الفعلية بين دار الإسلام وبين دولة هذا الأجنبي ولكن هل هناك إلزام قانوني على الدولة الإسلامية بقبول الأجانب في إقليمها؟ يفرق الفقهاء بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا طلب الأجنبي أماناً ليدخل دار الإسلام بقصد سماع كلام الله ومعرفة شرائع الإسلام، ففي هذه الحالة تجب إجابة طلبه ولا يسع الدولة رفضه ثم يرد إلى مأمنه أي يخرج من دار الإسلام إلى حيث يكون آمناً لقول الله تعالى: ﴿وَإِنْ أَحَدٌ مِّنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّىٰ يَسْمَعَ كَلَامَ اللَّهِ ثُمَّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُ﴾ [التوبة: ٦][١].

الحالة الثانية: ما عدا الحالة الأولى، كما لو طلب الدخول إلى دار الإسلام للتجارة أو السياحة، ففي هذه الحالة لا يوجد إلزام شرعي يلزم الدولة الإسلامية بإجابة طلبه والسماح له بالدخول إلى دار الإسلام، وإنما الأمر متروك إلى تقدير ولي الأمر فيها، وإن كان المستحب الإذن، إلا إذا كانت مفسدة في دخوله فلا يجوز له السماح بالدخول.

ثانياً: مدة إقامته:

٥٥٩ ـ قال الفقهاء لا ينبغي أن تطول مدة إقامة الأجنبي في دار الإسلام لئلا يترتب على طول إقامته ضرر بالدولة إذ قد يكون دخوله بقصد التجسس، وعلى هذا الأساس قدرها بعضهم بما لا يزيد على السنة، وزاد بعضهم فيها فجعلها إلى حدّ عشر سنوات[٢]. والواقع أن هذه التقديرات اجتهادية محضة، فالأمر متروك إلى الدولة الإسلامية وما تقرره بشأن مدة إقامة الأجنبي في إقليمها في ضوء مصلحتها.

ثالثاً: حمايته من الاعتداء:

٥٦٠ ـ ويتمتع الأجنبي في دار الإسلام بحمايتها، فقد قال الفقهاء: إنَّ على الإمام أن يحمي المستأمنين ما داموا في دارنا وأن ينصفهم ممن يظلمهم كما يجب

(١) كشاف القناع في فقه الحنابلة ج١ ص ٦٩٦، ومغني المحتاج في فقه الشافعية ج٤ ص ٢٣٧.
(٢) كشاف القناع ج١ ص ٦٩٥، شرح الكنز للزيلعي ج ٣ ص ٢٦٨.

عليه ذلك في حق الذميين، بل إن الفقهاء ذهبوا في حماية المستأمن والمحافظة عليه إلى حد يدعو إلى الإعجاب والتقدير، فقد قالوا: لا يجوز مفاداة المستأمن بالأسير المسلم ولو طلبت دار الحرب ذلك إلا برضاه، ولا يجوز تسليمه إلى دولته ولو طلبت ذلك ولو هددت دار الإسلام بقتالها إذا لم تسلمه لها، ويعللون هذا الحكم بأن المستأمن في أمان الدولة الإسلامية ويجب أن يبقى آمناً حتى تنتهي مدة إقامته ويخرج من دار الإسلام، وهذا هو مقتضى الأمان، والوفاء بمقتضى الأمان واجب على دار الإسلام وتسليمه غدر به وعدم وفاء لا رخصة فيه فلا يجوز[1].

رابعاً: حريته في النقل:

٥٦١ ـ وللمستأمن الحرية في التنقل في دار الإسلام والإقامة فيها إلا فيما يخص بعض الأماكن لاعتبارات دينية مثل حرم مكة؛ لأنه لا يجوز لغير المسلم دخوله سواء أكان ذمياً أو مستأمناً[2].

خامساً: خروجه من دار الإسلام:

٥٦٢ ـ وللمستأمن الحق في الخروج من دار الإسلام في أثناء مدة إقامته ولا يمنع من ذلك، ولكن يجوز إخراجه قبل انتهاء مدة إقامته إذا كان في بقائه مفسدة وضرر حسب تقدير الدولة الإسلامية، ويعتبر هذا الحق للدولة الإسلامية شرطاً ضمنياً في إعطائها الأمان له[3].

سادساً: تمتعه بحرية العقيدة:

٥٦٣ ـ ويتمتع بحرية العقيدة فلا يكره على تبديلها؛ لأنه ﴿لَآ إِكۡرَاهَ فِي ٱلدِّينِۖ﴾ [البقرة: ٢٥٦] والدولة الإسلامية لا تكره الذمي ـ وهو من رعاياها ـ على تبديل عقيدته، فمن الأولى أن لا تفعل ذلك مع المستأمن وهو أجنبي عنها.

---

(١) شرح السير الكبير ج ٣ ص ٣٠٠.

(٢) الأحكام السلطانية لأبي يعلى الحنبلي ص ١٧٩، والماوردي ص ١٦١.

(٣) الهداية ج٤ ص ٣٠٠، مغني المحتاج ج٤ ص ٢٣٨.

سابعاً: إعانته من قبل الدولة:

٥٦٤ ـ يجوز للدولة الإسلامية إعانة المستأمن وسد حاجته والإنفاق عليه من بيت المال لهذه الغاية، لأن الإحسان مطلوب مع كل إنسان، وقد صرح الفقهاء بأنه، «لا بأس أن يصل المسلم الرجل المشرك قريباً كان أو بعيداً محارباً كان أو ذمياً.. وقد روي أن رسول الله ﷺ بعث بمال إلى مكة عندما أصابهم القحط ليفرق على فقرائها»[1]. والواقع أن القرآن الكريم يأذن للدولة الإسلامية أن تعين المستأمن لأنه دخل دارها مسلماً وبإذنها، قال تعالى: ﴿لَا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ لَمْ يُقَٰتِلُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُم مِّن دِيَٰرِكُمْ أَن تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوٓا۟ إِلَيْهِمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُقْسِطِينَ﴾ [الممتحنة: ٨].

الحقوق الخاصة للمستأمن:

٥٦٥ ـ ويتمتع المستأمن بالحقوق الخاصة فهو فيها كالذمي لأنه كما قال الفقهاء بمنزلة الذمي ما دام في دار الإسلام.

فله مباشرة المعاملات المالية مع المواطنين مسلمين كانوا أو ذميين وفي هذا يقول الفقيه ابن رشد: «أما مبايعة أهل الحرب أو متاجرتهم إذا قدموا بأمان فذلك جائز»[2] إلا أنهم لا يمكنون من شراء ما فيه تقوية لدار الحرب مثل السلاح ونحوه، وفي هذا يقول ابن رشد: «لا يجوز أن يباعوا مما يستعينون به في حروبهم من كراع أو سلاح أو حديد ولا شيئاً مما يرهبون به المسلمين في قتالهم»[3]. ولكن لو دخل المستأمن بسلاح ونحوه مما لا يمكن شراء مثله في دار الإسلام فإنه من حقه أن يخرج به لأنه بالأمن استفاد العصمة لنفسه وماله»[4]. وله تملك المنقول والعقار بل وله تملك عقار المسلم بحق الشفعة[5].

٥٦٦ ـ وحقه في الملكية مصون سواء منها ملكية ما حازه بجهده وسعيه أو ما

(١) السير الكبير ج١ ص ٦٩.

(٢) المقدمات لابن رشد ج٢ ص ٢٨٩.

(٣) المرجع السابق ج٢ ص ٨٠.

(٤) اختلاف الفقهاء للطبري ص ٥٠.

(٥) الحطاب ج ٥ ص ٣١٠ والمغني ج٥ ص ٣٥٧ ـ ٣٥٨ وفتح العزيز في فقه الشافعية ج٧ ص ٦.

يوصي له به أو ما يرثه من أقاربه الذين هلكوا في دار الإسلام بل وحقه في الملكية مصون من بعد وفاته فإذا مات في دار الإسلام ففي هذه الحالة ترد تركته أو باقيها إن كان قد أوصى بشيء منها، ترد إلى دولته لتوزع على ورثته رعاية لحقه في أمواله حتى بعد وفاته[1] وله إنشاء أسرة والتمتع بحقوق الأسرة كما هو الحال بالنسبة للذمي.

موقف الشريعة الإسلامية من القانون الدولي العام

٥٦٧ ـ والآن قد أتينا على بعض معالم وسمات القانون الدولي الإسلامي، فما موقفه أو موقف الشريعة الإسلامية بصورة عامة من القانون الدولي العام القائم بين الدول؟ وهل يمكن الأخذ بالقانون الإسلامي في الوقت الحاضر؟

الجواب على هذا السؤال، يتبين من عرض الحقائق الآتية:

أولاً: إن الشريعة الإسلامية شريعة عالمية إلهية المصدر جاءت للعالم أجمع، وعلى هذا الأساس لا تعترف بشرعية أي قانون لا ينبثق منها، ولا تقر بمزاحمته لها، ومن ثم يجب تطبيقها دون سواها على جميع العلاقات البشرية ومنها العلاقات الدولية كلما أمكن التطبيق، وفي هذا المعنى يقول الإمام أبو يوسف: «ولأن الأصل في الشرائع ـ أي شرائع الإسلام ـ العموم في حق الناس إلا أنه تعذر تنفيذها في دار الحرب لعدم الولاية وأمكن في دار الإسلام فلزم التنفيذ فيها»[2].

ثانياً: ومع ما ذكرناه عن طبيعة الشريعة الإسلامية، فإن هناك مجالاً واسعاً للأخذ بقواعد القانون الدولي العام الحاضر القائمة على أساس العرف والمعاهدات، وهذان المصدران واسعان جداً يستقي القانون الدولي العام قواعده وأحكامه منهما، وقد رأينا أن الشريعة الإسلامية تجيز الأخذ بالعرف الصحيح في نطاق العلاقات الدولية، كما تجيز عقد المعاهدات مع الدول الأخرى في حدود الشريعة، يلزم بالوفاء بمضمونها، وعلى هذا الأساس يمكن للدولة الإسلامية

---

(١) المغني ج٦ ص ٢٩٧، اختلاف الفقهاء ص ٥٤.

(٢) الكاساني ج٢ ص ٣١١.

الارتباط بمعاهدات مع الدول الأخرى والالتزام واعتبار هذا المضمون، إذا كان ينشئ قواعد وأحكاماً عامة، جزءًا من القانون الدولي الإسلامي الذي تسير عليه الدولة الإسلامية.

كما يجوز للدولة الإسلامية أن تعقد معاهدات معينة لمعالجة قضايا معينة لم ينص عليها الفقهاء أو نصوا على حكم معين فيها مثل تسليم المجرمين أو تسليم الأجانب إلى دولهم إذا طلبتهم من الدولة الإسلامية، فقد رأينا الفقهاء المسلمين لم يجيزوا تسليم المستأمن إلى دولته إذا طلبته ولا تخرجه من إقليمها قبل انتهاء مدة إقامته، ومع هذا يجوز الاتفاق مع دولة أو دول كثيرة على خلاف ما قرره الفقهاء فتلتزم الدولة الإسلامية بموجب هذا الاتفاق على تسليم الأجنبي إلى دولته إذا طلبته، ولا يكون هذا التسليم غدراً منها بمقتضى الأمان، لأن الأمان المعطى له في هذه الحالة يكون متضمناً ذلك أي مراعاة هذا الاتفاق وهكذا بقية الشؤون التي تخص الدولة الإسلامية والدول الأخرى، يمكن معالجتها بقواعد يتفق عليها بموجب معاهدة بشرط واحد هو أن لا يرد في المعاهدة مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية.

ثالثاً: في الشريعة الإسلامية وقانونها الدولي مبادئ وقواعد أخلاقية مهمة لها أثر بالغ في العلاقات الدولية مثل مبدأ العدالة، ومبدأ مشروعية الوسيلة، ومبدأ الوفاء بالعهود وقواعد القتال في الحرب، ومعاملة الأسرى بالحسنى، وهذه المبادئ ينادي بها فقهاء القانون الدولي العام ويدعون إلى الالتزام بها وتقنينها، وبالفعل تعتبر هذه القواعد من قواعد القانون الدولي العام، ولكن الدول لا تعمل بأكثرها مثل مبدأ مشروعية الوسيلة والوفاء بالعهد، وإن كانت تدعي الالتزام بها، وعلى هذا فإن التزام الدولة الإسلامية بهذه المبادئ التزاماً حقيقياً مبنياً على معاني الإسلام وشريعته، لا بد أن يلقى أو ينبغي أن يلقى ترحيباً وتقديراً من الحريصين حقاً على القانون الدولي العام، وقد يؤدي ذلك إلى التأكيد على هذه المبادئ في القانون الدولي العام.

رابعاً: عدم الاعتراف الشرعي بالدول غير الإسلامية لا يؤثر في قيام علاقات بينها وبين الدول الإسلامية، ولا يمنع من الأخذ بقواعد القانون الدولي العام

بالحدود التي بيّناها في الفقرات السابقة وعن طريق عقد المعاهدات معها أو الدخول كطرف جديد في معاهدات قائمة بين الدول بشرط واحد هو أن لا يكون في هذه المعاهدات ما يخالف الشريعة الإسلامية، فإن وجد فيها ما يخالف الشريعة كان هذا الجزء فقط باطلاً لا يجوز الالتزام به، ويبقى الباقي الصحيح ملزماً للدولة الإسلامية، لأن الشريعة الإسلامية تعترف اعترافاً واقعياً بالدول غير الإسلامية وترتب عليه من النتائج ما يقرب جداً من النتائج المقررة على الاعتراف القانوني الجاري بين الدول ومنها عقد المعاهدات وغيرها مما بيّناه في موضعه فلا نعيده هنا.

الخاتمة:

٥٦٨ ـ والآن وقد انتهيت من بيان ما أردت بيانه في هذه الأبحاث، أود أن أبين بأني فيما كتبت كنت حريصاً على أن أكون وراء الشريعة أسمع منها وأفهم ما فيها وأعلن ذلك للناس، فلم أحاول أن أقوّلها ما لم تقل ولا أن أطوعها لما أهوى أو يهوى الناس، وإنما حرصت أن أظهر مفاهيمها ومعانيها في موضوع بحثي بقدر ما اتسع له فهمي، فإن أصبت فذلك ما كنت أبغي وهو فضل الله وإن أخطأت فحسبي أني كنت حريصاً على أن لا أخطئ والعصمة والكمال لله وحده والحمد لله رب العالمين.



فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع الصفحة

الموضوع | الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع | الصفحة